



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2017, Vol. 3, Part 2**

**2017, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**

Cited as [2017] 3 F.C.R., {179-398  
D-5-D-9

Renvoi [2017] 3 R.C.F., {179-398  
F-5-F-10

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

SUZANNE THIBAudeau, Q.C./c.r.  
LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager  
LINDA BRUNET

### Legal Research Editors

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Production Coordinator

SARAH EL-SALIBY

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

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2017.

Cat. No. JU1-2-1-PDF  
ISSN 1714-373X

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

*Requests for permission to reproduce these elements of the Federal Courts Reports should be directed to: Editor, Federal Courts Reports, Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A 1E3, telephone 613-947-8491.*

### ARRÊTISTES

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

### SERVICES TECHNIQUES

Gestionnaire, production et publication  
LINDA BRUNET

### Attachées de recherche juridique

LYNNE LEMAY  
NATHALIE LALONDE

### Coordonnatrice, production

SARAH EL-SALIBY

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

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2017.

N° de cat. JU1-2-1-PDF  
ISSN 1714-373X

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

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

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

*Subscribers who receive the Federal Courts Reports pursuant to the Canada Federal Court Reports Distribution Order should address any inquiries and change of address notifications to: Production and Publication Manager, Federal Courts Reports, 99 Metcalfe Street, Ottawa, Ontario, Canada, K1A1E3, telephone 613-992-2934.*

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

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Erratum .....	III
Judgments .....	179–398
Digests .....	D-5–D-9

### **Britz v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . . 221**

Transportation—Security clearance—Judicial review of Director General of Aviation Security decision made on behalf of Minister of Transport (Minister) and acting on advice from Transportation Security Clearance Advisory Body (Advisory Body), cancelling applicant’s security clearance pursuant to Transportation Security Clearance Program Policy (Policy), s. 1.4(4), *Aeronautics Act*, s. 4.8, *Canadian Aviation Security Regulations*, 2012—Applicant, flight attendant, applying to renew security clearance—Report noting that applicant’s husband associated with Hells Angels—Applicant explaining, *inter alia*, that husband service manager for motorcycle business whose customers include RCMP officers, members of Hells Angels—Advisory Body recommending cancellation of applicant’s security clearance on belief applicant may be prone or induced to commit act or assist or abet any person to commit act interfering unlawfully with civil aviation—In cancelling applicant’s security clearance, Minister largely adopting Advisory Body’s recommendation—Whether Minister’s decision revoking applicant’s security clearance reasonable—Minister’s decision unreasonable, set aside—Three different findings possible according to Policy—Individual may be found to be an individual who may be prone, who may be induced, or who both may be prone and induced to commit or assist or abet an unlawful act—Words “prone”, “induced” having different meaning—Whether applicant “may be prone” asking whether applicant having

*Continued on next page*

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

*Les abonnés qui reçoivent le Recueil en vertu du Décret sur la distribution du Recueil des arrêts de la Cour fédérale du Canada sont priés d’adresser leurs demandes de renseignements et leurs avis de changements d’adresse à : Gestionnaire, production et publication, Recueil des décisions des Cours fédérales, 99, rue Metcalfe, Ottawa (Ontario), Canada, K1A 1E3, téléphone 613-992-2934.*

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

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Erratum .....	III
Jugements .....	179–398
Fiches analytiques .....	F-5–F-10

### **Britz c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 221**

Transports—Habilitation de sécurité—Contrôle judiciaire de la décision de la directrice générale de la sûreté aérienne au nom du ministre des Transports (le ministre) et sur avis de l’Organisme consultatif d’examen d’habilitation de sécurité en matière de transport (l’Organisme consultatif), dans laquelle l’habilitation de sécurité de la demanderesse a été annulée conformément à l’art. 1.4(4) de la politique sur le Programme d’habilitation de sécurité en matière de transport, à l’art. 4.8 de la *Loi sur l’aéronautique*, et au *Règlement canadien de 2012 sur la sûreté aérienne*—La demanderesse, une agente de bord, a présenté une demande de renouvellement de son habilitation de sécurité—Un rapport soulignait que le mari de la demanderesse fréquentait les Hells Angels—La demanderesse a expliqué, entre autres, que son mari est directeur du service d’entretien et de réparation dans une entreprise de motocyclettes dont la clientèle comprend des agents de la GRC et des membres des Hells Angels—L’Organisme consultatif a recommandé l’annulation de l’habilitation de sécurité de la demanderesse au motif que la demanderesse pouvait être sujette ou incitée à commettre un acte d’intervention illicite pour l’aviation civile—Lorsque le ministre a annulé l’habilitation de sécurité en matière de transport de la demanderesse, les motifs de sa décision reposaient dans une large mesure sur la recommandation de l’Organisme consultatif—Il s’agissait de savoir si la décision du ministre de révoquer l’habilitation de sécurité de la demanderesse était raisonnable—La décision

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

inclination to, or is likely or inclined to commit unlawful acts  
Policy aiming to prevent—Whether one may be “induced” to  
commit unlawful acts involving assessment of additional factors—  
Decision applicant “may be prone” not defensible—No evidence  
of any inclination or weakness or susceptibility or likelihood on  
applicant’s part to commit, assist or abet unlawful activity—  
Minister acting reasonably may not find disjunctively that  
applicant may either be prone to or induced to commit unlawful  
activities—Here, Minister not deciding one way or the other—  
Failing in duty to decide in accordance with law—No reasons  
for equivocal finding provided—Thus not possible to ascertain  
which of three alternative findings forming basis of Minister’s  
decision—Minister not appreciating, duly considering  
applicant’s submissions—Core duty of Minister, as administrative  
decision maker, to hear, consider both applicant’s case,  
Advisory Body’s case—Omission of applicant’s submissions  
in reasons giving rise to transparency, intelligibility,  
procedural fairness concerns—Minister’s reasons one-sided,  
not addressing critical relationships advanced by applicant—  
Application allowed.

### **Bruzzese v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)** ..... 272

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—  
Inadmissible Persons—Judicial review of Immigration and  
Refugee Board, Immigration Division (Board) decision  
finding applicant inadmissible under *Immigration and Refugee  
Protection Act*, s. 37(1)(a), ordering applicant’s deportation—  
Arrest warrant issued by Italian authorities against applicant for  
alleged association with criminal organization—Board finding,  
*inter alia*, applicant high-ranking member in organization,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

du ministre a été annulée parce qu’elle n’était pas raisonnable—  
La politique décrit trois conclusions différentes possibles—  
L’individu peut être sujet, susceptible d’être incité ou peut être  
sujet et susceptible d’être incité à la fois à commettre un acte  
illicite, ou à aider ou à encourager une personne à commettre  
un acte illicite—Les expressions « être sujet à » et « être incité à »  
n’ont pas la même signification—La question de savoir si la  
demanderesse « peut être sujette » à se livrer à de telles activités  
consiste à se demander si la demanderesse a tendance à  
commettre ou est susceptible de commettre les actes illicites que  
la politique vise à empêcher—Pour établir si une personne peut  
être incitée à commettre des actes illicites, il faut évaluer d’autres  
facteurs—La conclusion selon laquelle la demanderesse « peut  
être sujette » à commettre de tels actes n’était pas étayée par  
les faits—Il n’y avait aucune preuve de faiblesse de la part de  
la demanderesse ou d’inclinaison ou de propension à se livrer  
à une activité illégale visée par la politique, ou encore, à aider  
ou à encourager une personne à se livrer à une telle activité—  
Le ministre ne peut pas raisonnablement conclure de façon  
disjonctive, comme il l’a fait en l’espèce, que la demanderesse  
peut être sujette ou incitée à se livrer à des activités illicites—  
Le ministre n’a pas tranché entre « être sujette à » et « être  
incitée à »—Le ministre a manqué à son devoir de se prononcer  
conformément à la loi—Il n’a fourni aucun motif pour justifier  
cette conclusion équivoque—Ni la demanderesse ni la Cour ne  
sont en mesure de déterminer laquelle des trois conclusions  
subsidiaries a servi de fondement à la décision du ministre—  
Le ministre n’a pas évalué et dûment pris en considération les  
observations de la demanderesse pour parvenir à une conclusion  
en l’espèce—Le ministre, en tant que décideur administratif,  
doit entendre et examiner à la fois le dossier de la  
demanderesse et celui de l’organisme consultatif—L’omission  
des arguments de la demanderesse dans les motifs du ministre  
donne lieu à des questions de transparence et d’intelligibilité  
et soulève des préoccupations quant à l’équité procédurale—  
Les motifs du ministre sont indûment unilatéraux et ils ne  
permettent pas de cerner ou d’aborder la relation essentielle  
que la demanderesse a avancée—Demande accueillie.

### **Bruzzese c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)** ..... 272

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Personnes  
interdites de territoire—Contrôle judiciaire visant une décision  
de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration  
et du statut de réfugié (la Commission) selon laquelle le  
demandeur était interdit de territoire en vertu de l’art. 37(1)a)  
de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*—Un  
mandat d’arrestation a été émis par les autorités italiennes à  
l’égard du demandeur en lien avec sa prétendue association

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

possessing requisite *mens rea* for membership—Applicant arguing, *inter alia*, Board biased, unreasonably determining inadmissibility, compelling applicant's testimony—Main issues whether Board erring by: compelling testimony from applicant, declining to order further production of evidence, giving rise to reasonable apprehension of bias—Board rendering thoughtful, comprehensive decision in finding applicant compellable—Fact applicant required to testify against his interests before Board of no legal consequence—Point of compelling testimony in administrative process to obtain relevant evidence—Process herein carrying no penal consequences—Statutory framework of *Inquiries Act* permitting Board to compel testimony from applicant—No other collateral proceeding involving applicant—No ulterior purpose served by attempting to elicit incriminating testimony—To properly carry out mandate, Board must have means to compel testimony—Applicant not deprived of meaningful opportunity to answer case against him—Summaries of intercepts from Italian authorities sufficiently particularized to permit meaningful challenge—Exhaustive disclosure by Minister of Public Safety and Emergency Preparedness not necessary for applicant to answer Minister's case—No arguable case for bias made out—No presumption of bias by mere fact adjudicator sitting in judgment over related matters—Here, Board member involved in applicant's detention review careful not to trench into admissibility considerations, making no definitive pronouncements about applicant's credibility—Finally, Board not unfairly depriving applicant of opportunity to attack respondent Minister of Public Safety and Emergency Preparedness' motives for convening admissibility hearing; applicant having benefit of due process; Board not erring in its attribution of weight to evidence—Application dismissed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

avec une organisation criminelle—La Commission a entre autres jugé que le demandeur était un membre haut placé de l'organisation et qu'il affichait l'intention criminelle requise pour l'appartenance—Le demandeur a soutenu, entre autres, que la Commission était partielle et qu'elle a commis une erreur en rendant une conclusion déraisonnable d'interdiction de territoire et en obligeant le demandeur à témoigner—Il s'agissait principalement de savoir si la Commission a commis une erreur en contraignant le demandeur à témoigner, en refusant d'ordonner la communication de tous les éléments de preuve et en engendrant une crainte raisonnable de partialité—La Commission a rendu une décision réfléchie et approfondie en concluant que le demandeur était un témoin contraignable—Le fait que le demandeur a été tenu de témoigner contre ses intérêts devant la Commission n'avait aucune conséquence juridique—L'essence même d'obliger une personne à témoigner dans un processus administratif est d'obtenir des éléments de preuve pertinents—Le processus suivi en l'espèce n'a entraîné aucune conséquence pénale—Le cadre législatif de la *Loi sur les enquêtes* est suffisant pour permettre à la Commission de contraindre le demandeur à témoigner—Aucune procédure parallèle au Canada ne visait le demandeur—Par conséquent, aucun but ultérieur ne pouvait être atteint en essayant d'obtenir un témoignage incriminant à utiliser dans une autre procédure—Pour bien s'acquitter de son mandat, la Commission doit avoir les moyens de contraindre des témoins—Le demandeur n'a pas été privé d'une occasion significative de répondre à ce qui lui est reproché—Les résumés des conversations interceptées étaient suffisamment détaillés pour permettre une contestation significative—Une divulgation exhaustive de la preuve par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile n'était pas nécessaire pour que le demandeur fournisse une réponse à la preuve produite par ce dernier—Il n'existe aucune présomption de partialité du simple fait qu'un arbitre entend des affaires connexes—En l'espèce, le membre de la Commission qui a participé à l'examen des motifs de détention du demandeur a pris soin de ne pas se retrancher dans des considérations liées à l'interdiction de territoire et ne s'est pas prononcé définitivement sur la crédibilité du demandeur—Enfin, la Commission n'a pas privé injustement le demandeur de la possibilité d'attaquer les motifs du défendeur le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de convoquer une enquête; le demandeur a bénéficié d'une application régulière de la loi; et la Commission n'a pas commis d'erreur dans son attribution du poids aux éléments de preuve—Demande rejetée.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **Canada (Citizenship and Immigration) v. Singh (F.C.A.) ..... 263**

Citizenship and Immigration—Status in Canada—Convention Refugees and Persons in Need of Protection—Appeal from Federal Court decision allowing respondent’s application for judicial review of Refugee Protection Division (RPD) decision determining that respondent not Convention refugee or person in need of protection—RPD excluding respondent for criminality under United Nations Convention Related to the Status of Refugees (Refugee Convention), Art. 1F, finding no credible basis for refugee claim—Federal Court finding RPD precluded under *Immigration and Refugee Protection Act* from making “no credible basis” finding under s. 107(2) once person determined not to be Convention refugee or person in need of protection—Whether Federal Court selecting proper standard of review, properly reviewing administrative decision—Federal Court erring in holding standard of review correctness—Nature of RPD decision one of statutory interpretation—RPD considering its powers under Act—Supreme Court of Canada (S.C.C.) repeatedly holding that standard of review presumed to be reasonableness in such cases—Fact RPD not considering statutory interpretation issues not recognized by S.C.C. as reason to depart from reasonableness review—In any event, even on standard of reasonableness, RPD’s decision unreasonable—Issue before Court related to subject-matter jurisdiction of RPD—Once RPD finding claimant excluded under Refugee Convention, Art. 1F, precluded from determining that claim has no credible basis or is manifestly unfounded—Appeal dismissed.

### **Canada (Governor General in Council) v. Mikisew Cree First Nation (F.C.A.) ..... 298**

Aboriginal Peoples—Duty to consult—Appeal, cross-appeal from Federal Court decision granting in part respondent’s application for judicial review claiming appellants breaching duty to consult Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on development, introduction of omnibus bills affecting their

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Singh (C.A.F.) ..... 263**

Citoyenneté et Immigration—Statut au Canada—Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger—Appel d’une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l’intimé à l’encontre d’une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) qui a statué que l’intimé n’avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention ni celle de personne à protéger—La SPR a exclu l’intimé pour criminalité, conformément à la section F de l’article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (Convention sur les réfugiés), ayant conclu qu’il y avait absence de minimum de fondement dans la demande d’asile—La Cour fédérale a conclu qu’il était interdit à la SPR, en vertu de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, de tirer une conclusion d’« absence de minimum de fondement » en vertu de l’art. 107(2) de la Loi, une fois que la SPR détermine qu’une personne n’est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et, le cas échéant, si la Cour fédérale a correctement examiné la décision administrative—La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte—La nature de la décision de la SPR concernait l’interprétation de la loi—La SPR s’est penchée sur les pouvoirs qui lui sont conférés en vertu des dispositions de la Loi—La Cour suprême du Canada (C.S.C.) a conclu à maintes reprises qu’il fallait présumer que la norme de contrôle était celle de la décision raisonnable dans de tels cas—Bien que la SPR n’ait pas abordé les questions touchant à l’interprétation de la loi, la C.S.C. n’a pas reconnu que c’était là une raison pour s’éloigner d’une révision selon la norme de la décision raisonnable—Même en fonction de la norme de la décision raisonnable, la décision de la SPR était déraisonnable—La question dont la Cour a été saisie concernait la compétence d’attribution de la SPR—Une fois que la SPR a conclu que le demandeur d’asile est exclu en vertu de la section F de l’article premier de la Convention sur les réfugiés, il lui est interdit de conclure qu’une demande d’asile n’a pas de fondement crédible ou qu’elle est manifestement infondée—Appel rejeté.

### **Canada (Gouverneur général en conseil) c. Première nation crie Mikisew (C.A.F.) ..... 298**

Peuples autochtones—Obligation de consulter—Appel et appel incident d’une décision de la Cour fédérale ayant accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l’intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

treaty rights—Omnibus bills resulting in legislative changes relating to environment, navigable waters—Mikisew Cree arguing, *inter alia*, Crown having duty to consult during development, introduction of omnibus bills in Parliament—Federal Court finding, *inter alia*, application not precluded by *Federal Courts Act*, s. 2(2)—Declaring Crown having duty to consult with the Mikisew Cree at time each omnibus bill introduced in Parliament by giving notice, opportunity to provide submissions—Appeal allowed, cross-appeal dismissed—Appellant ministers’ source of power legislative, deriving from status as members of Parliament—Therefore, matter not proper subject for judicial review under Act—Federal Court erring in declaring notice be given to Mikisew Cree in respect of provisions impacting their rights upon introduction of omnibus bills—Legislative process matter solely within purview of Parliament—Imposing duty to consult at any stage of process as legal requirement impractical, cumbersome, fettering ministers in their law-making capacity—Courts cannot, should not intervene before statute actually adopted.

Administrative Law—Judicial Review—Federal Court granting in part respondent’s application for judicial review claiming appellants breaching duty to consult Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on development, introduction of omnibus bills affecting their treaty rights—Federal Court finding, *inter alia*, application not precluded by *Federal Courts Act*, s. 2(2)—Whether Federal Court conducting judicial review of legislative action contrary to *Federal Courts Act*—*Per de Montigny J.A.* (Webb J.A. concurring): Appellant ministers’ source of power legislative, derived from status as members of Parliament—Therefore, matter not proper subject for judicial review under Act—To be subject to judicial review, impugned decision or order must be made by “federal board, commission or other tribunal”—Here, to extent ministers, Governor in Council acting in their legislative capacity, judicial review not available—Ministers engaged in law-making process not acting as statutory decision makers but as legislators; actions, decisions thereof immune from judicial review—*Per Pelletier J.A.* (concurring reasons): Mikisew

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l’élaboration et du dépôt de projets de loi omnibus susceptibles d’avoir une incidence sur leurs droits issus de traités—Les projets de loi omnibus ont entraîné des modifications législatives liées à l’environnement et aux eaux navigables—La Première nation crie Mikisew a fait valoir, entre autres, que la Couronne avait le devoir de consulter au sujet de l’élaboration et du dépôt des projets de loi omnibus au Parlement—La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la demande n’était pas interdite par l’art. 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*—La Cour fédérale a déclaré que la Couronne avait effectivement l’obligation de consulter la Première nation crie Mikisew lorsque chaque projet de loi omnibus a été déposé au Parlement en avisant la Première nation crie Mikisew et en lui donnant la possibilité raisonnable de présenter des observations—Appel accueilli, appel incident rejeté—La source du pouvoir que les ministres, appelants en l’espèce, ont exercé était de nature législative et découlait de leur qualité à titre de parlementaires—Par conséquent, l’objet de la demande ne se prêtait pas à un contrôle judiciaire effectué aux termes de la Loi—La Cour fédérale a commis une erreur en déclarant que la Première nation crie Mikisew aurait dû être avisée des dispositions qui avaient des incidences sur ses droits au moment du dépôt des projets de loi omnibus au Parlement—La filière législative ressortit entièrement au Parlement—L’imposition, à quelque étape du processus que ce soit, de l’obligation de consulter comme condition à toute loi non seulement se révélerait peu pratique et lourde, mais entraverait également les ministres dans leur capacité législative—Les tribunaux ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir avant que la mesure législative soit effectivement adoptée.

Droit administratif—Contrôle judiciaire—La Cour fédérale a accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l’intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l’élaboration et du dépôt de projets de loi omnibus susceptibles d’avoir une incidence sur leurs droits issus de traités—La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la demande n’était pas interdite par l’art. 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*—Il s’agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en procédant à un contrôle judiciaire d’une mesure législative, ce que ne permet pas la *Loi sur les Cours fédérales*—Le juge de Montigny, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La source du pouvoir que les ministres, appelants en l’espèce, ont exercé était de nature législative et découlait de leur qualité à titre de parlementaires—Par conséquent, l’objet de la demande ne se prêtait pas à un contrôle judiciaire effectué aux termes de la Loi—Pour faire l’objet d’un contrôle judiciaire, il faut que la décision ou l’ordonnance contestée émane d’un « office fédéral »—En

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Cree's notice of application, although procedurally flawed, justiciable as claim for relief against Crown pursuant to Act, s. 17—Nature of relief sought by Mikisew Cree declaratory with ancillary orders in support thereof—Declaration sought in application against someone other than federal board, commission or tribunal not dooming it to failure—Such proceeding may be granted remedy by Federal Court under Act, s. 17—Because declaration (and injunction) available by way of action against Crown, characterization of respondent as federal board, commission or tribunal not critical to success or failure of proceeding seeking declaration—Mikisew Cree's application not doomed as result of simple procedural irregularity.

Constitutional Law—Fundamental Principles—Separation of powers—Federal Court granting in part respondent's application for judicial review claiming that appellants breached duty to consult Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on development, introduction of omnibus bills affecting their treaty rights—Mikisew Cree arguing, *inter alia*, Crown having duty to consult during development of legislation—Federal Court declaring Crown having duty to consult with the Mikisew Cree at time each omnibus bill introduced in Parliament by giving notice, opportunity to provide submissions—Issue whether Federal Court erring by failing to respect doctrine of separation of powers or principle of parliamentary privilege—*Per* de Montigny J.A. (Webb J.A. concurring): Federal Court erring in declaring that notice should be given to Mikisew Cree in respect of provisions impacting their rights, together with opportunity to make submissions, upon introduction of omnibus bills—Declaration inconsistent with Federal Court's previous findings that courts shall not intervene in law-making process as it would be an undue interference with Parliament's process, sovereignty—Also failing to recognize that no court has ever claimed jurisdiction over introduction of legislation in Parliament—Legislative process matter solely within purview of Parliament—Imposing duty to consult at any stage of process as legal requirement impractical, cumbersome,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

l'espèce, dans la mesure où les ministres et le gouverneur en conseil agissaient en leur capacité législative, le contrôle judiciaire n'était pas possible—Les ministres participent à la filière législative et ils n'agissent pas à titre de décideurs, mais à titre de législateurs, et leurs actes et décisions sont à l'abri du contrôle judiciaire—Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : l'avis de demande présenté par la Première nation crie Mikisew peut appeler l'intervention judiciaire, comme demande de réparation contre la Couronne, en vertu de l'art. 17, même s'il peut être entaché d'un vice de procédure—La réparation demandée par la Première nation crie Mikisew consistait principalement en jugements déclaratoires et ordonnances accessoires au soutien des jugements déclaratoires—Le fait qu'un jugement déclaratoire soit sollicité par voie de demande (et non par voie d'action) à l'encontre d'une personne autre qu'un office fédéral ne voue pas la demande à l'échec—Une telle procédure peut se voir accorder une réparation par la Cour fédérale en vertu de l'art. 17 de la Loi—Parce que le jugement déclaratoire (et l'injonction) peut être rendu à l'issue d'une action contre la Couronne, la question de savoir si le défendeur est un office fédéral ou non n'est pas cruciale pour l'instance visant à obtenir un jugement déclaratoire—La demande de la Première nation crie Mikisew n'était pas vouée à l'échec en raison de ce qui pourrait se révéler n'être qu'une simple irrégularité procédurale.

Droit constitutionnel—Principes fondamentaux—Séparation des pouvoirs—La Cour fédérale a accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt de projets de loi omnibus susceptibles d'avoir une incidence sur leurs droits issus de traités—La Première nation crie Mikisew a fait valoir, entre autres, que la Couronne avait le devoir de consulter au sujet de l'élaboration et du dépôt des projets de loi—La Cour fédérale a déclaré que la Couronne avait effectivement l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew lorsque chacun des projets de loi omnibus a été déposé au Parlement en avisant la Première nation crie Mikisew et en lui donnant la possibilité raisonnable de présenter des observations—Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en ne respectant pas le principe de la séparation des pouvoirs ou celui du privilège parlementaire—Le juge de Montigny, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : la Cour fédérale a commis une erreur en déclarant que la Première nation crie Mikisew aurait dû être avisée des dispositions qui avaient des incidences sur ses droits, et avoir la possibilité de présenter des observations, au moment du dépôt de chaque projet de loi omnibus—Le jugement déclaratoire était incompatible avec les conclusions antérieures de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

fettering ministers in their law-making capacity—Courts cannot, should not intervene before statute adopted—*Per* Pelletier J.A. (concurring reasons):—Argument that relief sought by Mikisew Cree barred by doctrine of separation of powers conflating questions of whether duty to consult arising, effect to be given if it did—Duty to consult not triggered by legislation of general application whose effects not specific to particular Aboriginal peoples—Duty to consult cannot render effective government impossible—Duty must be found in the decisions by which legislation operationalized.

### **Daley v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . . . 377**

Privacy—Privacy Act—Judicial review of report of findings issued by Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPC), of OPC's reconsideration decision respecting complaint against Canada Revenue Agency (CRA)—Applicant, lawyer in private practice, occasionally retained by CRA for litigation—CRA investigating individual (accused) criminally prosecuted for tax evasion—Applicant providing other lawyer representing foreign witness in accused's criminal case with transcript of foreign witness' interview during CRA investigation—Later learning found to have violated *Privacy Act* (Act) following complaint filed by accused about disclosure of transcript—Applicant asking OPC to reopen investigation into complaint but request denied—OPC concluding that CRA could not rely on *Income Tax Act* (ITA), s. 241(3)(b) as authority for disclosure of taxpayer information in present case; no basis for disclosure of personal information under Act, s. 8(2)—Principal issues: whether OPC breaching rules of natural justice, duty of fairness toward applicant; whether OPC erring in concluding that applicant's disclosure unauthorized under Act, ITA—OPC not exempt from notifying or allowing third parties potentially affected by decision to make representations—Act, ss. 31, 33 not displacing common law duty to notify persons who may be significantly, directly affected by decision—Applicant should have been notified,

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

la Cour fédérale selon lesquelles le judiciaire ne doit pas intervenir dans la filière législative, car il s'agirait d'une immixtion indue dans les travaux et la souveraineté du Parlement—Le jugement déclaratoire ne tient pas compte non plus du fait qu'aucun tribunal ne s'est jamais dit compétent à l'égard du dépôt d'un projet de loi au Parlement—La filière législative ressortit entièrement au Parlement—L'imposition, à quelque étape du processus que ce soit, de l'obligation de consulter comme condition à toute loi non seulement se révélerait peu pratique et lourde, mais entraverait également les ministres dans leur capacité législative—Les tribunaux ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir avant que la mesure législative soit effectivement adoptée—Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : L'argument selon lequel la réparation demandée par la Première nation crie Mikisew était exclue par l'application de la doctrine de la séparation des pouvoirs confond deux questions, soit celle de savoir s'il y a obligation de consulter et comment on doit y donner effet—L'obligation de consulter ne peut découler d'une loi d'application générale dont les effets ne sont pas limités à certains peuples autochtones—L'obligation de consulter ne peut être interprétée de manière à empêcher l'action gouvernementale efficace—L'obligation de consulter doit se trouver dans les décisions de mise en œuvre d'une telle loi.

### **Daley c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 377**

Protection des renseignements personnels—Loi sur la protection des renseignements personnels—Contrôle judiciaire d'un rapport de conclusions émis par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP) et d'une décision du CPVP découlant d'un réexamen d'une plainte déposée contre l'Agence du revenu du Canada (ARC)—La demanderesse est une avocate en pratique privée dont les services sont retenus à l'occasion par l'ARC aux fins de litiges—L'ARC a mené une enquête sur une personne (l'accusé) qui était poursuivie au pénal pour fraude fiscale—La demanderesse a fourni à un autre avocat qui représentait un témoin étranger dans le cadre de la poursuite au pénal de l'accusé une transcription d'une entrevue réalisée auprès du témoin étranger durant l'enquête de l'ARC—La demanderesse a appris plus tard qu'il fut établi qu'elle avait violé des dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (la Loi) après qu'une plainte a été déposée par l'accusé quant à la divulgation de la transcription—La demanderesse a demandé au CPVP de rouvrir l'enquête sur la plainte, mais sa demande a été refusée—Le CPVP a conclu que l'ARC ne pouvait pas, en l'espèce, invoquer l'art. 241(3)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la LIR) pour autoriser la communication des renseignements relatifs à un contribuable; la communication de renseignements personnels en vertu de l'art. 8(2) de la Loi était sans fondement—Il

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

given opportunity to make representations in course of investigation since her conduct under scrutiny, professional reputation at stake—Therefore, OPC violating rules of procedural fairness in not affording applicant opportunity to be heard—Interaction between Act, other Acts of Parliament as contemplated by Act, s. 8(2)(b) examined—OPC must consider other decision maker’s interpretation of ITA, s. 241(3)(b) but record not indicating OPC considering CRA’s position on proper interpretation thereof—OPC erring in ignoring factual, legal context of proceedings between accused, foreign witness—Thus, OPC erroneously interpreting ITA, s. 241(3)(b)—Application allowed.

### **Good v. Canada (Attorney general) (F.C.) . . . . . 179**

Aboriginal Peoples—Elections—Judicial review of decision of Director General of the Policy Development and Coordination Branch representing Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada (now called Indigenous and Northern Affairs Canada) denying applicant’s appeal of March 2014 election of Red Pheasant First Nation—Applicant member of Red Pheasant First Nation—In filing appeal, relying on grounds of electoral officer’s misconduct, corruption in form of vote-buying by candidate for Councillor, Chief—Director working at Aboriginal Affairs and Northern Development Canada (Delegate) assessing appeal, recommending dismissal thereof—Fundamental disagreement herein concerning applicability of *Indian Act*, s. 79 to applicant’s appeal of 2014 decision—Whether Delegate erring in law resulting in denial of procedural fairness by holding applicant to higher evidentiary standard of proof than existing in Act, ss. 79(a),(b), *Indian Band election Regulations*, ss. 12, 14; whether Delegate denying applicant procedural fairness by failing to assign investigator once appearance of corruption established; whether application moot since subsequent election taking place in March 2016—Delegate dealing with whole matter under Act, s. 79, which deals with powers of

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

s’agissait de savoir principalement si le CPVP a violé les règles de justice naturelle et a manqué à son devoir d’agir équitablement à l’endroit de la demanderesse et si le CPVP a commis une erreur en concluant que la divulgation par la demanderesse n’était pas autorisée en vertu de la Loi et de la LIR—Le CPVP n’était pas dispensé d’aviser ou d’autoriser des tiers qui pourraient être éventuellement concernés par sa décision de présenter leurs observations—Les arts. 31 et 33 de la Loi n’écartent pas l’obligation de common law d’aviser les personnes qui pourraient être concernées directement et de façon importante par la décision—La demanderesse aurait dû être avisée et avoir l’occasion de présenter des observations dans le cadre de l’enquête étant donné que sa conduite faisait l’objet d’un examen et que sa réputation professionnelle était en jeu—Par conséquent, le CPVP a violé les règles d’équité procédurale en n’accordant pas à la demanderesse l’occasion d’être entendue—L’interaction entre la Loi et d’autres lois du Parlement comme le prévoit l’art. 8(2)b) de la Loi a été examinée en l’espèce—Le CPVP doit tenir compte de l’interprétation de l’art. 241(3)b) de la LIR par une autre instance, mais le dossier n’indiquait pas si le CPVP a tenu compte de la position de l’ARC sur la bonne interprétation à donner à cet article—Le CPVP a commis une erreur en ne tenant pas compte du contexte factuel et juridique des procédures judiciaires entre l’accusé et le témoin étranger—Par conséquent, le CPVP a mal interprété l’art. 241(3)b) de la LIR—Demande accueillie.

### **Good c. Canada (Procureur général) (C.F.) . . . . . 179**

Peuples autochtones—Élections—Contrôle judiciaire à l’encontre d’une décision rendue par le directeur général de la Direction générale des politiques et de la coordination, représentant le ministre des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (maintenant connu sous le nom d’Affaires autochtones et du Nord Canada), par laquelle l’appel interjeté par la demanderesse concernant l’élection de mars 2014 de la Première Nation Red Pheasant a été rejeté—La demanderesse est membre de la Première Nation Red Pheasant—En déposant l’appel, la demanderesse a invoqué deux motifs : la mauvaise conduite du président d’élection et la manœuvre corruptrice sous la forme d’achat de votes par le candidat pour le conseiller et le chef—La directrice qui travaillait à la Direction des politiques et de la mise en œuvre de la gouvernance au ministère des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (la déléguée) a examiné l’appel et en a recommandé le rejet—C’est une divergence d’opinions fondamentale au sujet de l’applicabilité de l’art. 79 de la *Loi sur les Indiens* à l’appel de la demanderesse concernant l’élection de 2014 qui se trouvait au cœur du litige—Il s’agissait de savoir si la déléguée a commis une erreur de droit entraînant un déni de l’équité procédurale en exigeant de la demanderesse une

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Governor in Council to set aside election of chief or councillor of band on report of Minister—Delegate, others working within Elections Unit of Indigenous and Northern Affairs Canada not Governor in Council, no report made to Governor in Council in present case; thus, s. 79 never coming into play—Elections Unit significantly changing very nature of appeals process; in effect bypassing Regulations, ss. 13, 14—Elections Unit’s decision to bypass Regulations, s. 14, apply Act, s. 79 herein could not lead to reasonable decision because harder for appellants to have appeals assessed in way Parliament intending—Treatment of conflicting evidence by Delegate leading to some entirely unreasonable conclusions—Nevertheless, on present facts, no investigation required into applicant’s complaint about failure to provide mail-out ballots to electors in timely manner; no evidence to support that failure might have affected 2014 election result—Regarding vote-buying allegations, applicant establishing that Delegate’s treatment thereof based on error of law in failing to consider evidence in accordance with Regulations, s. 14; unreasonable in its conclusions; procedurally unfair—Concerning mootness of application, live controversy remaining over issue of what statutory provisions, regulations governing election appeals; adversarial context still existing; application well, fully argued by parties having stake in outcome—However, Court could not substitute own decision for decision reviewed—Thus, no point in quashing decision, sending back for redetermination since 2016 election taking place—Application allowed in part.

### **Melendez v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.)** ..... 354

Citizenship and Immigration—Exclusion and Removal—Removal of Permanent Residents—Judicial review of decision

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

norme de preuve supérieure à celle établie dans les art. 79a) et b) de la Loi et les art. 12 à 14 du *Règlement sur les élections au sein des bandes d’Indiens*; si la déléguée a refusé l’équité procédurale à la demanderesse en omettant de nommer un enquêteur une fois que l’apparence de corruption a été établie; et si, étant donné qu’une élection subséquente a eu lieu en mars 2016, la demande était une demande théorique—La déléguée a jugé suffisant de traiter l’ensemble de la cause en vertu de l’art. 79 de la Loi, qui décrit le pouvoir du gouverneur en conseil de rejeter l’élection du chef ou d’un des conseillers d’une bande sur le rapport du ministre—La déléguée et les autres personnes œuvrant à l’Unité des élections des Affaires autochtones et du Nord Canada ne sont pas le gouverneur en conseil, et aucun rapport n’a été fait au gouverneur en conseil en l’espèce; par conséquent, l’art. 79 de la Loi n’a jamais été en cause—L’Unité des élections a modifié de façon importante la nature même du processus d’appels; elle a en fait négligé les art. 13 et 14 du Règlement—La décision de l’Unité des élections de contourner simplement l’art. 14 du Règlement et d’appliquer l’art. 79 de la Loi en l’espèce ne pouvait être raisonnable, car elle faisait en sorte qu’il était beaucoup plus difficile pour les appelants de faire évaluer leurs appels de la façon dont le Parlement l’entendait—Le traitement des éléments de preuve contradictoires par la déléguée l’a menée à certaines conclusions entièrement déraisonnables—Néanmoins, selon les faits de l’espèce, aucune enquête n’était nécessaire sur la plainte de la demanderesse selon laquelle le président d’élection a omis de poster les bulletins de vote aux électeurs en temps opportun; aucune preuve n’indiquait que cette omission aurait pu porter atteinte au résultat de l’élection de 2014—En ce qui concerne les allégations d’achat de votes, la demanderesse a établi que ce traitement était fondé sur une erreur de droit, la déléguée ayant omis d’évaluer la preuve conformément à l’art. 14 du Règlement et qu’il était déraisonnable dans ses conclusions et inéquitable sur le plan procédural—En ce qui concerne le caractère théorique de la demande, une controverse subsistait quant aux dispositions législatives et aux règlements qui s’appliquent aux appels en matière électorale; le contexte contradictoire subsistait et cette demande a été pleinement débattue par les parties concernées par les conclusions—Cependant, la Cour ne pouvait substituer sa propre décision à la décision faisant l’objet d’une révision—Par conséquent, il était inutile d’annuler la décision et d’exiger un nouvel examen alors qu’une élection a eu lieu en 2016—Demande accueillie en partie.

### **Melendez c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.F.)** ..... 354

Citoyenneté et Immigration—Exclusion et renvoi—Renvoi de résidents permanents—Contrôle judiciaire d’une décision

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

by respondent Minister's delegate (Minister's delegate or delegate) to refer applicant to admissibility hearing before Immigration Division of Immigration and Refugee Board—Applicant, 21-year-old Honduran, permanent resident of Canada, convicted of two offenses under *Criminal Code*—Convictions resulting in applicant's referral to admissibility hearing—Applicant living with family members including infant child—Report under *Immigration and Refugee Protection Act*, s. 44(1) issued by Canada Border Services Agency (CBSA) officer alleging that applicant inadmissible to Canada on grounds of serious criminality pursuant to Act, s. 36(1)(a)—Report reviewed by Minister's delegate; accepting CBSA officer's recommendation that applicant be convoked to admissibility hearing—Applicant submitting existence of humanitarian, compassionate (H&C) factors to have referral withdrawn but officer maintaining recommendation—Whether decision of Minister's delegate referring applicant for admissibility hearing reasonable—Case boiling down to what discretion Minister's delegate having pursuant to Act, s. 44(2) not to refer permanent resident to admissibility hearing even if person found to meet criteria set out in Act, s. 36(1)(a)—Case law in flux on issue—Discretion afforded to Minister's delegate under Act, s. 44(2) clearly recognized in *Citizenship and Immigration Canada Operational Manual: Enforcement (ENF)*. Chapter ENF 6: "Review of Reports under A44(1)"—In determining whether Act, s. 44(1) report involving permanent resident should be referred to Immigration Division, Manual suggesting that Minister's delegate may consider list of various non-exhaustive factors—Case law, Manual both suggesting that Minister's delegate having limited discretion to consider H&C factors when deciding whether to refer s. 44(2) report to Immigration Division—Where H&C factors presented to Minister's delegate, delegate's consideration thereof should be reasonable in circumstances of case; if factors rejected, reasons therefor should be stated—Referral decision in present case unreasonable because officer's written reasons, delegate's concurrence therewith completely devoid of any analysis of H&C factors applicant raising—In circumstances of case, insufficient, unreasonable for delegate to only state applicant's submissions reviewed, considered; neither delegate nor officer offering any meaningful explanation why applicant's submissions rejected—Seriousness of offences committed stated as standalone conclusion without explaining why factor outweighing various H&C factors raised by applicant—Thus, referral decision unbalanced, unintelligible, could not be justified in respect of facts, law—Decision set aside, matter returned to different delegate of respondent—Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

rendue par le délégué du ministre défendeur (le délégué du ministre ou le délégué) de déférer le cas du demandeur pour enquête devant la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié—Le demandeur, un citoyen du Honduras âgé de 21 ans, est un résident permanent du Canada qui a été déclaré coupable de deux infractions prévues au *Code criminel*—Ces condamnations ont fait en sorte que le demandeur a été déféré pour enquête—Le demandeur vit avec des membres de sa famille, y compris un enfant en bas âge—Un rapport au titre de l'art. 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* a été rendu par un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) qui faisait valoir qu'aux termes de l'art. 36(1)a) de la Loi, le demandeur est interdit de territoire au Canada pour grande criminalité—Ce rapport a été examiné par le délégué du ministre, qui a accepté la recommandation de l'agent de convoquer le demandeur pour enquête—Le demandeur a invoqué diverses considérations d'ordre humanitaire en vue de faire retirer le rapport, mais l'agent a maintenu la recommandation—Il s'agissait de savoir si la décision du délégué du ministre de déférer le cas du demandeur pour enquête était raisonnable—Il s'agissait essentiellement de savoir en l'espèce si le pouvoir discrétionnaire que l'art. 44(2) de la Loi confère au délégué du ministre lui permet de ne pas déférer pour enquête un résident permanent, même si le cas de celui-ci répond aux critères de l'art. 36(1)a)—La jurisprudence en ce domaine n'est pas entièrement fixée—Le pouvoir discrétionnaire conféré au délégué du ministre par l'art. 44(2) de la Loi est clairement reconnu dans le chapitre ENF 6 : « L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1) » du Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF) de Citoyenneté et Immigration Canada—Lorsqu'il s'agit de décider si un rapport établi au titre de l'art. 44(1) concernant un résident permanent devrait ou non être déféré à la Section de l'immigration, le Guide stipule que le délégué du ministre peut prendre en compte divers facteurs énumérés de manière non exhaustive—La jurisprudence et le Guide portent à dire qu'en vertu de l'art. 44(2), le délégué du ministre, lorsqu'il doit décider de déférer un rapport à la Section de l'immigration, jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire—Dans les cas où des facteurs d'ordre humanitaire sont portés à l'attention d'un délégué du ministre, celui-ci doit se pencher sur ces facteurs d'une manière qui soit raisonnable compte tenu des circonstances de l'affaire, et s'il les écarte, il devrait indiquer pourquoi—En l'espèce, la décision de renvoi était déraisonnable, car on ne trouvait, dans les motifs écrits de l'agent, et dans l'acquiescement du délégué, aucune analyse des considérations d'ordre humanitaire invoquées—Compte tenu des circonstances de l'espèce, il était, de la part du délégué, à la fois insuffisant et déraisonnable de simplement indiquer que

*Suite à la page suivante*

## **CONTENTS (Concluded)**

## **SOMMAIRE (Fin)**

les arguments avancés par le demandeur avaient été examinés et pris en compte; ni l'agent ni le délégué n'ont expliqué pourquoi les arguments du demandeur avaient été jugés insuffisants—La gravité des infractions commises était en l'espèce l'unique conclusion avancée, sans le moindre motif expliquant pourquoi ce facteur devrait l'emporter sur les diverses considérations d'ordre humanitaire invoquées par le demandeur—La décision de renvoi était donc déséquilibrée et était, par voie de conséquence, non intelligible et ne se justifiait pas au regard des faits et du droit—La décision de renvoi a été infirmée et l'affaire renvoyée à un autre délégué du ministre—Demande accueillie.

## APPEALS NOTED

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Bernard v. Canada (Revenue Agency)*, A-316-15, 2017 FCA 40, Near J.A., judgment dated February 24, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 24, 2017.

*Bernard v. Close*, A-131-16, 2017 FCA 52, Stratas J.A., judgment dated March 14, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 24, 2017.

*Blueberry River First Nations v. Canada (Attorney General)*, 15-A-36, Trudel J.A., order dated August 12, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused September 14, 2017.

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Nilam*, A-283-16, 2017 FCA 44, Boivin J.A., judgment dated March 7, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused August 10, 2017.

*ING Bank N.V. v. Canpotex Shipping Services Limited*, A-462-15, 2017 FCA 47, Nadon J.A., judgment dated March 10, 2017, leave to appeal to S.C.C. refused September 21, 2017.

*Saulteau First Nations v. Canada (Attorney General)*, 15-A-37, Trudel J.A., order dated August 12, 2015, leave to appeal to S.C.C. refused September 14, 2017.

## APPELS NOTÉS

### COUR SUPRÊME DU CANADA

#### *Demandes d'autorisation de pourvoi*

*Bernard c. Canada (Agence du revenu)*, A-316-15, 2017 CAF 40, le juge Near, J.C.A., jugement en date du 24 février 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 août 2017.

*Bernard c. Close*, A-131-16, 2017 CAF 52, le juge Stratas, J.C.A., jugement en date du 14 mars 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 24 août 2017.

*Premières Nations de Blueberry River c. Canada (Procureur général)*, 15-A-36, la juge Trudel, J.C.A., ordonnance en date du 12 août 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 septembre 2017.

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Nilam*, A-283-16, 2017 CAF 44, le juge Boivin, J.C.A., jugement en date du 7 mars 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 10 août 2017.

*ING Bank N.V. c. Canpotex Shipping Services Limited*, A-462-15, 2017 CAF 47, le juge Nadon, J.C.A., jugement en date du 10 mars 2017, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 septembre 2017.

*Premières Nations des Saulteaux c. Canada (Procureur général)*, 15-A-37, la juge Trudel, J.C.A., ordonnance en date du 12 août 2015, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 14 septembre 2017.



## ERRATUM

In the English version of *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Rooney*, [2017] 2 F.C.R. 375, at page 386, correct the marginal note to read, “Identity not established”.

In the French version of *X(Re)*, [2017] 2 F.C.R. 396, at page 471, remove the underlining from the first paragraph that starts with “**M. Kaplan**”.

In [2017], Volume 2, Part 3, at page xxxiii, correct the title to read, “**TABLE DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES DANS CE VOLUME**”.

In [2017], Volume 2, Part 3, at page lxiv, add the author’s name, “Ruth Sullivan.”, before “*Sullivan on the Construction of Statutes*, 5th ed. Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008”.

## ERRATUM

Dans la version anglaise de la décision *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Rooney*, [2017] 2 R.C.F. 375, à la page 386, corriger la note marginale pour lire « Identity not established ».

Dans la version française de *X(Re)*, [2017] 2 R.C.F. 396, à la page 471, enlever le soulignement dans le premier paragraphe qui commence par « **M. Kaplan** ».

Dans [2017], volume 2, 3<sup>e</sup> fascicule, à la page xxxiii, corriger le titre pour lire « **TABLE DES FICHES ANALYTIQUES PUBLIÉES DANS CE VOLUME** ».

Dans [2017], volume 2, 3<sup>e</sup> fascicule, à la page lxix, ajouter le nom de l’auteure, « Ruth Sullivan. », devant « *Sullivan on the Construction of Statutes*, 5<sup>e</sup> éd. Markham, Ont. : LexisNexis Canada, 2008 ».



**Federal Courts  
Reports**

**2017, Vol. 3, Part 2**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2017, Vol. 3, 2<sup>e</sup> fascicule**



T-2205-14  
2016 FC 1272

T-2205-14  
2016 CF 1272

**Michelle Good** (*Applicant*)

**Michelle Good** (*demanderesse*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada, Chief Stewart Jr. Baptiste and Councillors Lux Benson, Sabrina Baptiste, Ryan Bugler, Mandy Culhand, Larry Wullunee, Henry Gardipy, Gary Nicotine and Clint Wuttunee of the Red Pheasant First Nation** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada, le chef Stewart Jr. Baptiste et les conseillers Lux Benson, Sabrina Baptiste, Ryan Bugler, Mandy Culhand, Larry Wullunee, Henry Gardipy, Gary Nicotine et Clint Wuttunee de la Première Nation Red Pheasant** (*défendeurs*)

**INDEXED AS: GOOD v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : GOOD c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Russell J.—Saskatoon, September 14; Ottawa, November 15, 2016.

Cour fédérale, juge Russell—Saskatoon, 14 septembre; Ottawa, 15 novembre 2016.

*Aboriginal Peoples — Elections — Judicial review of decision of Director General of the Policy Development and Coordination Branch representing Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada (now called Indigenous and Northern Affairs Canada) denying applicant's appeal of March 2014 election of Red Pheasant First Nation — Applicant member of Red Pheasant First Nation — In filing appeal, relying on grounds of electoral officer's misconduct, corruption in form of vote-buying by candidate for Councillor, Chief — Director working at Aboriginal Affairs and Northern Development Canada (Delegate) assessing appeal, recommending dismissal thereof — Fundamental disagreement herein concerning applicability of Indian Act, s. 79 to applicant's appeal of 2014 decision — Whether Delegate erring in law resulting in denial of procedural fairness by holding applicant to higher evidentiary standard of proof than existing in Act, ss. 79(a),(b), Indian Band election Regulations, ss. 12, 14; whether Delegate denying applicant procedural fairness by failing to assign investigator once appearance of corruption established; whether application moot since subsequent election taking place in March 2016 — Delegate dealing with whole matter under Act, s. 79, which deals with powers of Governor in Council to set aside election of chief or councillor of band on report of Minister — Delegate, others working within Elections Unit of Indigenous and Northern Affairs Canada not Governor in Council, no report made to Governor in Council in present case; thus, s. 79 never coming into play — Elections Unit significantly changing very nature of appeals process; in effect bypassing Regulations, ss. 13, 14 — Elections Unit's decision to bypass Regulations, s. 14, apply Act, s. 79 herein could not lead to reasonable decision because harder for appellants to have appeals assessed in way Parliament intending — Treatment of conflicting evidence by Delegate*

*Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par le directeur général de la Direction générale des politiques et de la coordination, représentant le ministre des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (maintenant connu sous le nom d'Affaires autochtones et du Nord Canada), par laquelle l'appel interjeté par la demanderesse concernant l'élection de mars 2014 de la Première Nation Red Pheasant a été rejeté — La demanderesse est membre de la Première Nation Red Pheasant — En déposant l'appel, la demanderesse a invoqué deux motifs : la mauvaise conduite du président d'élection et la manœuvre corruptrice sous la forme d'achat de votes par le candidat pour le conseiller et le chef — La directrice qui travaillait à la Direction des politiques et de la mise en œuvre de la gouvernance au ministère des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (la déléguée) a examiné l'appel et en a recommandé le rejet — C'est une divergence d'opinions fondamentale au sujet de l'applicabilité de l'art. 79 de la Loi sur les Indiens à l'appel de la demanderesse concernant l'élection de 2014 qui se trouvait au cœur du litige — Il s'agissait de savoir si la déléguée a commis une erreur de droit entraînant un déni de l'équité procédurale en exigeant de la demanderesse une norme de preuve supérieure à celle établie dans les art. 79a) et b) de la Loi et les art. 12 à 14 du Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens; si la déléguée a refusé l'équité procédurale à la demanderesse en omettant de nommer un enquêteur une fois que l'apparence de corruption a été établie; et si, étant donné qu'une élection subséquente a eu lieu en mars 2016, la demande était une demande théorique — La déléguée a jugé suffisant de traiter l'ensemble de la cause en vertu de l'art. 79 de la Loi, qui décrit le pouvoir du gouverneur en conseil de rejeter l'élection du chef ou d'un des conseillers d'une bande sur le rapport du ministre — La*

*leading to some entirely unreasonable conclusions — Nevertheless, on present facts, no investigation required into applicant's complaint about failure to provide mail-out ballots to electors in timely manner; no evidence to support that failure might have affected 2014 election result — Regarding vote-buying allegations, applicant establishing that Delegate's treatment thereof based on error of law in failing to consider evidence in accordance with Regulations, s. 14; unreasonable in its conclusions; procedurally unfair — Concerning mootness of application, live controversy remaining over issue of what statutory provisions, regulations governing election appeals; adversarial context still existing; application well, fully argued by parties having stake in outcome — However, Court could not substitute own decision for decision reviewed — Thus, no point in quashing decision, sending back for re-determination since 2016 election taking place — Application allowed in part.*

This was an application for judicial review of the decision of the Director General of the Policy Development and Coordination Branch representing the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada (now called Indigenous and Northern Affairs Canada) denying the applicant's appeal of the March 2014 election of the Red Pheasant First Nation.

The applicant is a member of the Red Pheasant First Nation and she filed an appeal of the March 2014 election which relied on two grounds, namely, the misconduct of the electoral officer (i.e. in failing to mail the ballots of off-reserve members in a timely manner) and the corruption in the form of vote-buying by candidate for a specific Councillor and Chief. In September 2014, the Director of Governance Policy and Implementation at Aboriginal Affairs and Northern Development Canada (Delegate) recommended that the applicant's appeal be dismissed and this recommendation was

*déléguée et les autres personnes œuvrant à l'Unité des élections des Affaires autochtones et du Nord Canada ne sont pas le gouverneur en conseil, et aucun rapport n'a été fait au gouverneur en conseil en l'espèce; par conséquent, l'art. 79 de la Loi n'a jamais été en cause — L'Unité des élections a modifié de façon importante la nature même du processus d'appels; elle a en fait négligé les art. 13 et 14 du Règlement — La décision de l'Unité des élections de contourner simplement l'art. 14 du Règlement et d'appliquer l'art. 79 de la Loi en l'espèce ne pouvait être raisonnable, car elle faisait en sorte qu'il était beaucoup plus difficile pour les appelants de faire évaluer leurs appels de la façon dont le Parlement l'entendait — Le traitement des éléments de preuve contradictoires par la déléguée l'a menée à certaines conclusions entièrement déraisonnables — Néanmoins, selon les faits de l'espèce, aucune enquête n'était nécessaire sur la plainte de la demanderesse selon laquelle le président d'élection a omis de poster les bulletins de vote aux électeurs en temps opportun; aucune preuve n'indiquait que cette omission aurait pu porter atteinte au résultat de l'élection de 2014 — En ce qui concerne les allégations d'achat de votes, la demanderesse a établi que ce traitement était fondé sur une erreur de droit, la déléguée ayant omis d'évaluer la preuve conformément à l'art. 14 du Règlement et qu'il était déraisonnable dans ses conclusions et inéquitable sur le plan procédural — En ce qui concerne le caractère théorique de la demande, une controverse subsistait quant aux dispositions législatives et aux règlements qui s'appliquent aux appels en matière électorale; le contexte contradictoire subsistait et cette demande a été pleinement débattue par les parties concernées par les conclusions — Cependant, la Cour ne pouvait substituer sa propre décision à la décision faisant l'objet d'une révision — Par conséquent, il était inutile d'annuler la décision et d'exiger un nouvel examen alors qu'une élection a eu lieu en 2016 — Demande accueillie en partie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par le directeur général de la Direction générale des politiques et de la coordination, représentant le ministre des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (maintenant connu sous le nom d'Affaires autochtones et du Nord Canada), par laquelle l'appel interjeté par la demanderesse concernant l'élection de mars 2014 de la Première Nation Red Pheasant a été rejeté.

La demanderesse est membre de la Première Nation Red Pheasant. Elle a interjeté appel de l'élection de mars 2014 en invoquant deux motifs : mauvaise conduite de la part du président d'élection (soit en omettant de poster les bulletins de vote des membres hors réserve en temps opportun) et une manœuvre corruptrice sous la forme d'achat de votes par le candidat pour un conseiller en particulier et pour le chef. En septembre 2014, la directrice, Direction des politiques et de la mise en œuvre de la gouvernance au ministère des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (la déléguée)

approved. In the recommendations, the Delegate set out every allegation raised by the applicant in her appeal. For each allegation, the Delegate listed the relevant provisions of the *Indian Band Election Regulations* of the *Indian Act* in particular and also considered the responses to the appeal. The Delegate dismissed the first allegation pertaining to the mail-in ballots to electors because the evidence was insufficient for the purposes of finding a violation of the Act or Regulations that would have affected the outcome of the election. Regarding the vote-buying allegation, the Delegate found that the evidence failed to meet the burden of proof respecting the two individuals specified in the allegation.

At the heart of this dispute was a fundamental disagreement about the applicability of section 79 of the Act to the applicant's appeal of the 2014 decision. The applicant claimed that in assessing her appeal of the 2014 election, the Delegate bypassed sections 13 and 14 of the Regulations and erroneously applied section 79 of the Act to the applicant's evidence and to the responding evidence of the Electoral Officer and the Chief at issue.

The main issues were whether the Delegate erred in law resulting in a denial of procedural fairness by holding the applicant to a higher evidentiary standard of proof than exists in subsections 79(a) and (b) of the Act and sections 12 to 14 of the Regulations; whether the Delegate denied the applicant procedural fairness by failing to assign an investigator once an appearance of corruption was established; and whether the application was moot since a subsequent election took place in March 2016.

*Held*, the application should be allowed in part.

There is no doubt that the Delegate applied section 79 of the Act when considering whether the appeal should be dismissed or go forward. The issue in this case was that the Delegate, in dealing with the appeal and making her recommendations, felt free to deal with the whole matter under section 79 of the Act and omitted to apply the applicable standard to the evidence-gathering aspect of her report. Section 79 deals with the powers of the Governor in Council to set aside the election of a chief or councillor of a band on the report of the Minister. The Delegate and others working within the Elections Unit of Indigenous and Northern Affairs Canada (INAC) are not the Governor in Council and no report was made to the Governor in Council in this case so that section 79 of the Act never came into play. The Delegate decided

a recommandé le rejet de l'appel de la demanderesse et cette recommandation a été approuvée. Dans sa recommandation, la déléguée a exposé toutes les allégations soulevées par la demanderesse dans son appel. Pour chaque allégation, la déléguée a énuméré les dispositions pertinentes du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens* (le Règlement) et de la *Loi sur les Indiens* en particulier et a également examiné les réponses à l'appel. La déléguée a rejeté la première allégation selon laquelle le président d'élection aurait omis de poster les bulletins de vote aux électeurs au motif que les éléments de preuve étaient insuffisants pour conclure à une violation de la Loi ou du Règlement qui aurait porté atteinte au résultat de l'élection. En ce qui a trait à l'allégation selon laquelle des votes ont été achetés, la déléguée a conclu que les éléments de preuve étaient insuffisants pour acquitter le fardeau de la preuve concernant les deux personnes faisant l'objet de l'allégation.

C'est une divergence d'opinions fondamentale au sujet de l'applicabilité de l'article 79 de la Loi à l'appel de la demanderesse concernant l'élection de 2014 qui se trouvait au cœur du litige. La demanderesse a affirmé qu'en examinant son appel concernant l'élection de 2014, la déléguée a ignoré les articles 13 et 14 du Règlement et a appliqué à tort l'article 79 de la Loi à la preuve présentée par la demanderesse et à la preuve faisant l'objet du litige présentée en réponse par le président d'élection et le chef.

Il s'agissait principalement de savoir si la déléguée a commis une erreur de droit entraînant un déni de l'équité procédurale en exigeant de la demanderesse une norme de preuve supérieure à celle établie dans les alinéas 79a) et b) de la Loi et les articles 12 à 14 du Règlement; si la déléguée a refusé l'équité procédurale à la demanderesse en omettant de nommer un enquêteur une fois que l'apparence de corruption a été établie; et si, étant donné qu'une élection subséquente a eu lieu en mars 2016, la demande était une demande théorique.

*Jugement* : la demande doit être accueillie en partie.

Il ne fait aucun doute que la déléguée a appliqué l'article 79 de la Loi au moment de déterminer si l'appel devait être rejeté ou aller de l'avant. La question en litige en l'espèce était que la déléguée, en examinant l'appel et en émettant ses recommandations, a jugé suffisant de traiter l'ensemble de la cause en vertu de l'article 79 de la Loi et a omis d'utiliser la norme applicable à la collecte de la preuve dans son rapport. L'article 79 décrit le pouvoir du gouverneur en conseil de rejeter l'élection du chef ou d'un des conseillers d'une bande sur le rapport du ministre. La déléguée et les autres personnes œuvrant à l'Unité des élections des Affaires autochtones et du Nord Canada (AANC) ne sont pas le gouverneur en conseil, et aucun rapport n'a été fait au gouverneur en conseil en l'espèce. Par conséquent, l'article 79 de la Loi n'a jamais été

to dispense with any investigation under section 13 of the Regulations and to dismiss the appeal without providing a report to the Governor in Council. This approach to dealing with election appeals under the Act is settled practice within the Elections Unit of INAC. While the appeals process was streamlined into something manageable, in resorting to a straight application of section 79 of the Act or conflating section 79 of the Act with section 14 of the Regulations, the Elections Unit has significantly changed the very nature of the appeals process and has, in effect, bypassed sections 13 and 14 of the Regulations. Internal policy decisions cannot be used to amend the law in this way. The Elections Unit's decision to simply bypass section 14 of the Regulations and apply section 79 of the Act in the way that was done in this case could not lead to a reasonable decision because, in effect, it made it significantly harder for appellants to have their appeals assessed in the way that Parliament intended.

Also, the Delegate's refusal to have conflicting evidence investigated and to instead apply a balance of probabilities test to the evidence before her led her into some entirely unreasonable conclusions, the result of which was to forestall any real assessment of whether a corrupt practice in the form of vote-buying occurred. On the present facts however, no investigation was required into the applicant's complaint that the Electoral Officer failed to provide mail-in ballots to electors in a timely manner, thereby preventing them from completing and returning their ballots in time to be counted. While the applicant was not provided with her ballot in a timely manner, there was, even under paragraph 14(b) of the Regulations, no evidence to support that this failure might have affected the result of the 2014 election. The Delegate's finding concerning the ballot allegations that the evidence was insufficient for the purposes of finding a violation of the Act or the Regulations that would have affected the outcome of the election and her dismissing the allegation was reasonable. There was insufficient evidence of even an appearance of a violation that under paragraph 14(b) of the Regulations might have affected the result of the 2014 election. However, in addition to applying section 79 of the Act to the evidence on the ballot issue, the Delegate also felt the need to refer to the Regulations and to find that the evidence was insufficient for the purpose of finding a violation of the Regulations that would have affected the outcome of the election. Thus, she seemed aware that the Regulations did need to be satisfied. On this point, she then addressed the Regulations as required and there was no error of law or unreasonableness regarding her decision on the applicant's complaint about electors not receiving ballots.

en cause. La déléguée a décidé d'omettre de mener une enquête en vertu de l'article 13 du Règlement et de rejeter l'appel sans faire un rapport au gouverneur en conseil. Cette approche de traitement des appels d'élection en vertu de la Loi représente une pratique établie au sein de l'Unité des élections d'AANC. Bien que le processus d'appel ait été simplifié pour en assurer la gestion, en appliquant directement l'article 79 de la Loi ou en confondant l'article 79 de la Loi et l'article 14 du Règlement, l'Unité des élections a modifié de façon importante la nature même du processus d'appels et a en fait négligé les articles 13 et 14 du Règlement. Les décisions relatives à la politique interne ne peuvent être utilisées de la sorte pour modifier la loi. La décision de l'Unité des élections de contourner simplement l'article 14 du Règlement et d'appliquer l'article 79 de la Loi de la façon dont elle a été prise en l'espèce ne pouvait être raisonnable, car en réalité, elle fait en sorte qu'il est beaucoup plus difficile pour les appelants de faire évaluer leurs appels de la façon dont le Parlement a indiqué qu'ils doivent être évalués.

De plus, le refus de la déléguée de demander une enquête sur les éléments de preuve contradictoires et sa décision de recourir plutôt au critère de la prépondérance des probabilités pour les éléments de preuve présentés l'ont menée à certaines conclusions entièrement déraisonnables qui ont retardé toute évaluation réelle de la présence de manœuvres corruptrices sous la forme d'achat de votes. Toutefois, selon les faits en l'espèce, aucune enquête n'était nécessaire sur la plainte de la demanderesse selon laquelle le président d'élection a omis de poster les bulletins de vote aux électeurs en temps opportun, les empêchant de les remplir et de les retourner à temps pour qu'ils soient comptabilisés. Même si la demanderesse n'a pas reçu son bulletin de vote en temps opportun, aucune preuve, même en vertu de l'alinéa 14b) du Règlement, n'indiquait que cette omission aurait pu porter atteinte au résultat de l'élection de 2014. La conclusion de la déléguée concernant les allégations sur les bulletins, soit que la preuve était insuffisante pour conclure à une violation de la Loi ou du Règlement qui aurait porté atteinte au résultat de l'élection, et son rejet de la demande, étaient raisonnables. La preuve était insuffisante pour démontrer, en vertu de l'alinéa 14b) du Règlement, qu'il y avait lieu de croire même à une apparence de violation qui aurait pu porter atteinte au résultat de l'élection de 2014. Toutefois, en plus d'avoir appliqué l'article 79 de la Loi à la preuve en l'espèce sur la question des bulletins de vote, la déléguée a également jugé nécessaire de se reporter au Règlement et d'établir que la preuve était insuffisante pour conclure à une violation du Règlement qui aurait porté atteinte au résultat de l'élection. Par conséquent, elle semblait parfaitement consciente qu'il était nécessaire de satisfaire au Règlement. À ce titre, elle a traité le Règlement comme elle le devait, alors il n'y avait aucune erreur de droit ou de caractère déraisonnable dans sa décision concernant la plainte de la demanderesse selon laquelle les électeurs n'ont pas reçu les bulletins de vote.

With respect to the vote-buying allegations, in particular that the Chief in question participated in the corrupt practice of vote-buying in the 2014 election, the Delegate did not specify what standard of proof she was applying to the evidence on this issue. However, she confirmed that the information was weighed according to the civil standard of proof. It also appeared from the decision itself that the Delegate did not address whether there was an appearance of corrupt practice under paragraph 14(b) of the Regulations but weighed the evidence under subsection 79(1) of the Act. Thus, the Delegate bypassed paragraph 14(b) of the Regulations and assessed this matter as though she were the Governor in Council under section 79 of the Act and failed to consider sections 13 and 14 of the Regulations. The Delegate did not explain why she felt she was able to render a decision on this issue without some kind of investigation into the conflicting evidence that was before her but rather engaged in a dubious weighing process that was not reasonable. In conclusion, the applicant established that the Delegate's treatment of the vote-buying allegations was based on an error of law in failing to consider the evidence in accordance with section 14 of the Regulations; was unreasonable in its conclusions given the evidence before her and her failure to check out bald assertions and/or investigate direct conflicts in the evidence; and was procedurally unfair because the failure to check and investigate provided no opportunity for witnesses to address concerns before negative rulings based upon credibility were used to dismiss the appeal.

Finally, regarding the issue of mootness of the application, in the present case, a live controversy remained over the issue of what statutory provisions and regulations govern election appeals even though a new election took place since the 2014 election. The adversarial context still existed and the application was well and fully argued by the parties who had a stake in the outcome. The collateral consequences were also important here because of the number of appeals that the Elections Unit has to deal with each year. Nonetheless, the Court could not substitute its own decision for the decision under review and there was no point in quashing the decision and sending it back for reconsideration given the 2016 election.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80.  
*Indian Band Election Regulations*, C.R.C., c. 952, ss. 12, 13, 14.

En ce qui concerne les allégations d'achat de votes, selon lesquelles plus particulièrement le chef en question avait participé à une manœuvre corruptrice d'achat de votes lors de l'élection de 2014, la déléguée n'a pas précisé directement la norme de preuve qu'elle a appliquée en l'espèce. Toutefois, elle a confirmé que les renseignements présentés en appel étaient évalués selon la norme de preuve civile. Il a semblé également, de par la décision même, que la déléguée n'a pas établi s'il y avait lieu de croire qu'il y a eu manœuvre corruptrice en vertu de l'alinéa 14b) du Règlement, mais qu'elle a évalué la preuve selon le paragraphe 79(1) de la Loi. La déléguée a contourné l'alinéa 14b) du Règlement et évalué cette question comme si elle était gouverneur en conseil en vertu de l'article 79 de la Loi, et a ensuite négligé les articles 13 et 14 du Règlement. La déléguée n'a pas expliqué pourquoi elle estimait être en mesure de rendre une décision sur la question sans mener aucune forme d'enquête sur les éléments contradictoires de la preuve qui lui était présentée, mais elle a plutôt entrepris un processus d'évaluation discutable qui était déraisonnable. En conclusion, la demanderesse a établi que le traitement des allégations d'achat de votes par la déléguée était fondé sur une erreur de droit, la déléguée ayant omis d'évaluer la preuve conformément à l'article 14 du Règlement; il était déraisonnable dans ses conclusions étant donné la preuve qui lui a été présentée et son omission de vérifier les simples allégations et de mener une enquête sur les éléments de preuve directement contradictoires; et il était inéquitable sur le plan procédural parce que l'omission d'effectuer des vérifications et de mener une enquête ne donnait pas l'occasion aux témoins de remédier aux préoccupations avant de tirer des conclusions négatives s'appuyant sur la crédibilité pour rejeter l'appel.

Enfin, en ce qui concerne le caractère théorique de la demande, en l'espèce, une controverse a subsisté quant aux dispositions législatives et aux règlements qui s'appliquent aux appels en matière électorale, même si une nouvelle élection s'est tenue depuis celle de 2014. Le contexte contradictoire subsistait et cette demande a été pleinement débattue par les parties concernées par les conclusions. Les conséquences collatérales étaient également importantes en raison du nombre d'appels que doit traiter annuellement l'Unité des élections. Néanmoins, la Cour ne pouvait substituer sa propre décision à la décision faisant l'objet d'une révision et il était inutile d'annuler la décision et d'exiger un nouvel examen alors qu'une élection a eu lieu en 2016.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.1.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 74, 75, 76, 77, 78, 79, 80.  
*Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 952, art. 12, 13, 14.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Hudson v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2007 FC 203, 309 F.T.R. 52; *Keeper v. Canada*, 2011 FC 307, [2011] 2 C.N.L.R. 118; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231.

## CONSIDERED:

*Dedam v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1073, 418 F.T.R. 26; *Woodhouse v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development Canada)*, 2013 FC 1055, [2014] 2 C.N.L.R. 406.

## REFERRED TO:

*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Paz Ospina v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 681, 391 F.T.R. 116; *Rally v. Telus Communications Inc.*, 2013 FC 858; *Muskego v. Norway House Cree Nation Appeal Committee*, 2011 FC 732, 391 F.T.R. 276; *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1998] 3 F.C. 3, (1997), 141 F.T.R. 109 (T.D.); *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281.

APPLICATION for judicial review of the decision of the Director General of the Policy Development and Coordination Branch representing the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada denying the applicant's appeal of the March 2014 election of the Red Pheasant First Nation. Application allowed in part.

## APPEARANCES

*Michelle Good* on her own behalf.  
*David J. Smith* for respondents.

## SOLICITOR OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Hudson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2007 CF 203; *Keeper c. Canada*, 2011 CF 307; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Dedam c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1073; *Woodhouse c. Canada (Affaires autochtones et du Nord canadien)*, 2013 CF 1055.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Paz Ospina c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 681; *Rally c. Telus Communications Inc.*, 2013 CF 858; *Muskego c. Comité d'appel de la Nation crie de Norway House*, 2011 CF 732; *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1998] 3 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.); *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281.

DEMANDE de contrôle judiciaire à l'encontre d'une décision rendue par le directeur général de la Direction générale des politiques et de la coordination, représentant le ministre des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada, par laquelle l'appel interjeté par la demanderesse concernant l'élection de mars 2014 de la Première Nation Red Pheasant a été rejeté. Demande accueillie en partie.

## ONT COMPARU

*Michelle Good* pour son propre compte.  
*David J. Smith* pour les défendeurs.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

RUSSELL J.:

## I. INTRODUCTION

[1] This is an application under sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, for judicial review of the decision of the Director General of the Policy Development and Coordination Branch, representing the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development Canada [now called Indigenous and Northern Affairs Canada], dated September 23, 2014 (decision), which denied the applicant's appeal of the March 20, 2014 election of the Red Pheasant First Nation.

## II. BACKGROUND

[2] The applicant is a member of the Red Pheasant First Nation. On May 2, 2014, she filed an appeal of the March 20, 2014 election (2014 election) which relied on two grounds:

1. Misconduct on the part of the Electoral Officer, Wes Lambert [Electoral Officer], in: failing to mail the ballots of off-reserve members in a timely manner; being absent at the polling station on the day of the election; changing the date of the election without formal notice; not asking voters to provide identification at polling stations; allowing clearly intoxicated candidates to vote; and, because candidates were seen standing at the entrance of the polling stations, forcing voters to come in contact with them.
2. Corruption in the form of vote-buying by candidate for councillor Charles Meechance and Chief Stewart Baptiste.

[3] The appeal was supported by statutory declarations by the applicant, by former Band Councillor Sandra

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

LE JUGE RUSSELL :

## I. INTRODUCTION

[1] La Cour est saisie d'une demande de contrôle judiciaire en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, à l'encontre d'une décision rendue par le directeur général de la Direction générale des politiques et de la coordination, représentant le ministre des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada [maintenant connu sous le nom d'Affaires autochtones et du Nord Canada], en date du 23 septembre 2014 (la décision), par laquelle l'appel interjeté par la demanderesse concernant l'élection du 20 mars 2014 de la Première Nation Red Pheasant a été rejeté.

## II. FAITS ET PROCÉDURES

[2] La demanderesse est membre de la Première Nation Red Pheasant. Le 2 mai 2014, elle a interjeté appel de l'élection du 20 mars 2014 (l'élection de 2014) en invoquant deux motifs :

1. Le président d'élection, Wes Lambert (le « président d'élection »), aurait fait preuve de mauvaise conduite en commettant les erreurs suivantes : omettre de poster les bulletins de vote des membres hors réserve en temps opportun; être absent du bureau de vote le jour de l'élection; modifier la date de l'élection sans émettre un avis officiel; omettre de demander aux électeurs de présenter des pièces d'identité aux bureaux de vote; permettre à des électeurs visiblement intoxiqués de voter; et, puisque des candidats ont été aperçus debout à l'entrée des bureaux de vote, contraindre les électeurs à aller à leur rencontre.
2. Manœuvre corruptrice sous la forme d'achat de votes par le candidat pour le conseiller Charles Meechance et le chef Stewart Baptiste.

[3] À l'appui de cet appel, la demanderesse a fourni des déclarations sous serment de Sandra Arias, ancienne

Arias and by Band members Leona Carol Wuttunee, Denise Virginia Soonias and Robin Dean Wuttunee.

[4] On May 28, 2014 and June 18, 2014, the appeal was circulated to all the candidates and the Electoral Officer, inviting them to respond to the allegations in the appeal. Chief Baptiste and the Electoral Officer provided responses to the appeal.

[5] On September 16, 2014, Nathalie Nepton, Director of Governance Policy and Implementation at Aboriginal Affairs and Northern Development (Delegate) recommended that the applicant's appeal be dismissed. This recommendation was approved by Eric Marion, Acting Director of the Policy Development and Coordination Branch.

[6] The applicant was notified of the Decision to dismiss the appeal on September 25, 2014, via email. She filed her application for judicial review of the Decision on October 27, 2014, and an amended notice of application on November 17, 2014.

### III. DECISION UNDER REVIEW

[7] In her recommendation, the Delegate set out every allegation raised by the applicant in her appeal. For each allegation, the Delegate listed the relevant provisions of the *Indian Band Election Regulations*, C.R.C., c. 952 (Regulations), of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (Act), as well as the relevant sections of *The Electoral Officer's Handbook*. The Delegate also considered the responses to the appeal.

[8] In regards to the first allegation that the Electoral Officer had failed to provide mail-in ballots to electors in a timely manner thereby preventing them from completing and returning their ballots in time to be counted, the Delegate concluded that it should be dismissed on the grounds that the "evidence was insufficient for the purposes of finding a violation of the Act or the Regulations that would have affected the outcome of the election".

conseillère de bande, et de Leona Carol Wuttunee, Denise Virginia Soonias et Robin Dean Wuttunee, anciens membres de la bande.

[4] Les 28 mai 2014 et 18 juin 2014, l'appel a été transmis à tous les candidats et au président d'élection pour les inviter à répondre aux allégations qui y sont contenues. Le chef Baptiste et le président d'élection ont fourni des réponses à l'appel.

[5] Le 16 septembre 2014, Nathalie Nepton, directrice, Direction des politiques et de la mise en œuvre de la gouvernance au ministère des Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (la déléguée) a recommandé le rejet de l'appel de la demanderesse. Cette recommandation a été approuvée par Eric Marion, directeur intérimaire de la Direction de l'élaboration et de la coordination des politiques.

[6] La demanderesse a été avisée par courriel de la décision de rejeter l'appel le 25 septembre 2014. Elle a déposé sa demande de contrôle judiciaire de la décision le 27 octobre 2014 et un avis de demande modifié le 17 novembre 2014.

### III. DÉCISION FAISANT L'OBJET DU CONTRÔLE

[7] Dans sa recommandation, la déléguée expose toutes les allégations soulevées par la demanderesse dans son appel. Pour chaque allégation, la déléguée énumère les dispositions pertinentes du *Règlement sur les élections au sein des bandes d'Indiens*, C.R.C., ch. 952 (le Règlement), de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la Loi) ainsi que les passages pertinents du *Manuel du président d'élection*. La déléguée a également examiné les réponses à l'appel.

[8] En ce qui concerne la première allégation selon laquelle le président d'élection aurait omis de poster les bulletins de vote aux électeurs en temps opportun, les empêchant de remplir et de retourner leurs bulletins à temps pour être comptabilisés, la déléguée a conclu qu'elle devait être rejetée au motif que « les éléments de preuve étaient insuffisants pour conclure à une violation de la Loi ou du Règlement qui aurait porté atteinte au résultat de l'élection ».

[9] The second allegation that 39 band members who were on a list of 92 members provided to the Electoral Officer by former Councillor Sandra Arias did not receive their ballots, was also dismissed on the grounds that there was insufficient evidence to support the allegation that the Electoral Officer neglected to send the mail-in ballots and “the Regulations and guidelines uphold that the Electoral Officer did, in fact, perform his duties with due diligence by not accepting lists of multiple names and addresses from sources other than the Band”.

[10] The third allegation was that the Electoral Officer was not present at the polling station and left his wife in charge. This allegation was dismissed by the Delegate on the grounds that the Regulations allow the Electoral Officer to delegate some of his responsibilities to a deputy and the evidence showed that the deputy did perform the required duties and responsibilities.

[11] The fourth allegation was that the original date of the election posted at the nomination meeting was changed without formal notice. This allegation was dismissed because the Polling Notice, which constitutes formal notice of an election, showed the correct election date.

[12] The fifth allegation was that the Electoral Officer and/or his deputy did not ask voters for identification before permitting them to vote. This allegation was dismissed as the Electoral Officer and deputy ensured that voters’ names were on the list prior to issuing them ballots. Voters were asked their names, birthdates and registration numbers and “there is no legal requirement for an elector to provide identification to the Electoral Officer to vote”.

[13] The sixth allegation, that candidates were standing in the entrance of the polling station and electors were forced to walk past them, was dismissed as it was

[9] La deuxième allégation, selon laquelle 39 membres de la bande figurant sur une liste de 92 membres remise au président d’élection par l’ancienne conseillère Sandra Arias n’auraient pas reçu leur bulletin de vote, a également été rejetée au motif que les éléments de preuve appuyant l’allégation selon laquelle le président d’élection aurait omis de poster les bulletins de vote étaient insuffisants et que « le Règlement et les directives confirment qu’en fait, le président d’élection s’est acquitté de ses fonctions en faisant preuve de diligence raisonnable en n’acceptant pas de listes de noms et d’adresses multiples provenant d’autres sources que la bande ».

[10] Selon la troisième allégation, le président d’élection était absent du bureau de vote et a délégué la responsabilité à sa femme. Cette allégation a été rejetée par la déléguée au motif que le Règlement permet au président d’élection de déléguer certaines de ses responsabilités à un président du scrutin et que les éléments de preuve ont permis d’établir que la personne nommée s’est acquittée des tâches et des responsabilités obligatoires.

[11] Selon la quatrième allégation, la première date d’élection affichée à l’assemblée de mise en candidature a été modifiée sans avis officiel. Cette allégation a été rejetée au motif que l’avis de vote, qui constitue l’avis officiel d’une élection, affichait la date d’élection exacte.

[12] Selon la cinquième allégation, le président d’élection ou la présidente du scrutin n’ont pas demandé aux électeurs de s’identifier avant de leur permettre de voter. Cette allégation a été rejetée, car le président d’élection et la présidente du scrutin se sont assurés que les noms des électeurs figuraient sur la liste avant de leur remettre des bulletins de vote. Les électeurs ont dû fournir leurs nom, date de naissance et numéro d’enregistrement et « aucune exigence juridique n’oblige un électeur de s’identifier auprès du président d’élection pour voter ».

[13] La sixième allégation, selon laquelle les candidats se tenaient à l’entrée du bureau de vote et les électeurs étaient forcés de passer devant eux, a été

not established that voter secrecy was compromised or that voters were intercepted.

[14] The allegation that intoxicated voters were not prevented from voting was also dismissed. The Regulations are silent on the subject and nothing showed that the deputy did not exercise good judgment in letting intoxicated voters vote. She “performed her duty in maintaining peace and order at the polling station”.

[15] Lastly, the allegations that Chief Baptiste and Mr. Meechance engaged in vote-buying were also dismissed. The Delegate found that, in both cases, the evidence failed to meet the burden of proof. The Delegate then recommended that the appeal be dismissed. This recommendation was accepted by Eric Marion, Acting Director General of the Policy Development and Coordination Branch, replacing Perry Billingsley, and the applicant was informed of the dismissal on or around September 25, 2014.

#### IV. ISSUES

[16] The applicant raises the following issues for consideration by the Court:

1. What is the appropriate standard of review?
2. Did the Delegate err at law resulting in a denial of procedural fairness by holding the applicant to a higher evidentiary standard of proof than exists in paragraphs 79(a) and (b) of the Act and sections 12 to 14 of the Regulations?
3. Did the Delegate demonstrate a reasonable apprehension of bias in her consideration of irrelevant factors in denying the appeal?
4. Did the Delegate deny the applicant procedural fairness by failing to assign an investigator once an appearance of corruption was established?

rejetée, car il n’a pas été établi que la confidentialité des électeurs a été compromise ou que les électeurs ont été interceptés.

[14] L’allégation selon laquelle on n’a pas empêché des électeurs intoxiqués de voter a également été rejetée. Le Règlement ne traite pas du sujet et rien ne montre que la présidente du scrutin n’a pas fait preuve de bon jugement en laissant voter des électeurs intoxiqués. Elle a « accompli son devoir de maintenir la paix et l’ordre au bureau de vote ».

[15] Enfin, les allégations selon lesquelles le chef Baptiste et M. Meechance ont acheté des votes ont également été rejetées. La déléguée a conclu que, dans les deux cas, les éléments de preuve étaient insuffisants pour acquitter le fardeau de la preuve. Elle a alors recommandé que l’appel soit rejeté. Cette recommandation a été acceptée par Eric Marion, directeur intérimaire de la Direction de l’élaboration et de la coordination des politiques en remplacement de Perry Billingsley, et la demanderesse a été avisée du rejet le ou vers le 25 septembre 2014.

#### IV. QUESTIONS EN LITIGE

[16] La demanderesse soumet à la Cour les questions suivantes aux fins d’examen :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. La déléguée a-t-elle commis une erreur de droit entraînant un déni de l’équité procédurale en exigeant de la demanderesse une norme de preuve supérieure à celle établie dans les alinéas 79a) et b) de la Loi et les articles 12 à 14 du Règlement?
3. La déléguée a-t-elle soulevé une crainte raisonnable de partialité en tenant compte de facteurs non pertinents pour rejeter l’appel?
4. La déléguée a-t-elle refusé l’équité procédurale à la demanderesse en omettant de nommer un enquêteur une fois que l’apparence de corruption a été établie?

- |   |   |
|---|---|
| 5. Did the Delegate demonstrate a reasonable apprehension of bias in communicating an opinion of the outcome of the appeal to the Electoral Officer prior to a decision being rendered in the appeal? | 5. La déléguée a-t-elle fait preuve d'une crainte raisonnable de partialité en émettant au président d'élection une opinion sur le résultat de l'appel avant qu'une décision soit rendue?                           |
| 6. Did the Delegate, by knowingly holding the applicant to a burden of proof higher than established at law, engage in frivolous and vexatious conduct that would attract the Court's sanctions?      | 6. En exigeant sciemment de la demanderesse un fardeau de la preuve supérieur à celui prévu par la loi, la déléguée a-t-elle fait preuve d'un comportement frivole et vexatoire passible de sanctions de la Cour?   |
| 7. Did the Delegate intentionally act to deceive the Court when she gave evidence under oath that she knew to be false, and should this attract sanctions of the Court?                               | 7. La déléguée a-t-elle agi intentionnellement pour tromper la Cour en fournissant sous serment des éléments de preuve qu'elle savait faux et ses agissements devraient-ils être passibles de sanctions de la Cour? |

[17] The respondent, the Attorney General of Canada (AG) raises the following issue:

1. Considering that a subsequent election took place on March 18, 2016, is the application moot?

[18] The AG also argues that the applicant's arguments are not actually arguments about procedural fairness but are about the reasonableness of the Decision and should be phrased as such.

## V. STANDARD OF REVIEW

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

[17] Le défendeur, le procureur général du Canada (PG), soulève la question suivante :

1. Étant donné qu'une élection subséquente a eu lieu le 18 mars 2016, la demande est-elle une demande théorique?

[18] Le PG affirme également que les arguments de la demanderesse ne portent pas sur l'équité procédurale, mais plutôt sur le caractère raisonnable de la décision et qu'ils devraient être formulés en conséquence.

## V. NORME DE CONTRÔLE

[19] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada a conclu qu'il n'était pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse de la norme de contrôle. Lorsque la jurisprudence est constante quant à la norme de contrôle applicable à une question précise, la cour de révision peut adopter cette norme. C'est uniquement lorsque cette démarche se révèle infructueuse ou si la jurisprudence semble devenue incompatible avec l'évolution récente du droit en matière de contrôle judiciaire que la cour de révision procédera à l'examen des quatre facteurs de l'analyse relative à la norme de contrôle (*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 48).

[20] The second issue, related to the appropriate standard of proof, is a question of law. As such, it is reviewable on the standard of correctness: *Paz Ospina v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FC 681, 391 F.T.R. 116, at paragraphs 20 and 31.

[21] The third, fourth, and fifth issues relate to procedural unfairness and an apprehension of bias on the part of Ministry staff involved in the decision-making process and are reviewable on a standard of correctness: *Rally v. Telus Communications Inc.*, 2013 FC 858, at paragraph 7; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339 (*Khosa*), at paragraph 43; *Muskego v. Norway House Cree Nation Appeal Committee*, 2011 FC 732, 391 F.T.R. 276, at paragraph 26.

[22] The question of whether the evidence supports a finding of corrupt election practices is reviewable on a reasonableness standard: *Dedam v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1073, 418 F.T.R. 26 (*Dedam*), at paragraph 59; *Hudson v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2007 FC 203, 309 F.T.R. 52 (*Hudson*), at paragraph 74. Moreover, “[d]eference will usually result where a tribunal is interpreting its own statute or statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity”: *Dunsmuir*, above, at paragraph 54.

[23] When reviewing a decision on the standard of reasonableness, the analysis will be concerned with “the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process [and also with] whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.” See *Dunsmuir*, above, at paragraph 47, and *Khosa*, above, at paragraph 59. Put another way, the Court should intervene only if the Decision was unreasonable in the sense that it falls outside the “range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.”

[20] La deuxième question, relative à la norme de preuve adéquate, est une question de droit. Par conséquent, cette question est susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte : *Paz Ospina c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CF 681, aux paragraphes 20 et 31.

[21] Les troisième, quatrième et cinquième questions relatives à un manquement à l'équité procédurale et à une crainte de partialité de la part du personnel du ministère participant au processus décisionnel sont susceptibles de contrôle selon la norme de la décision correcte : *Rally c. Telus Communications Inc.*, 2013 CF 858, au paragraphe 7; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339 (*Khosa*), au paragraphe 43; *Muskego c. Comité d'appel de la Nation crie de Norway House*, 2011 CF 732, au paragraphe 26.

[22] La question de savoir si la preuve étaye une conclusion de manœuvres électorales corruptrices est susceptible de contrôle selon la norme de la décision raisonnable : *Dedam c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1073 (*Dedam*), au paragraphe 59; *Hudson c. Canada (Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2007 CF 203 (*Hudson*), au paragraphe 74. Par ailleurs, « [l]orsqu'un tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie, la déférence est habituellement de mise » : *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 54.

[23] Lorsqu'une décision est examinée selon la norme de la décision raisonnable, son analyse s'attache à « la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit » : voir l'arrêt *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47, et l'arrêt *Khosa*, précité, au paragraphe 59. Autrement dit, la Cour ne devrait intervenir que si la décision contestée est déraisonnable en ce sens qu'elle n'appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

## VI. ARGUMENTS

A. *Applicant*

[24] The applicant argues that the applicable standard of review is correctness for questions of procedural fairness and for the legal interpretation of corrupt election practices. Therefore, little deference should be afforded to the Decision.

[25] The applicant says that the Delegate erred in law in her application of the Regulations and the Act. Under section 14 of the Regulations, the applicant only had to demonstrate that there was an appearance of corruption or of a violation that might have affected the election's result in order to trigger the Minister's duty to report to the Governor in Council. Therefore, the Delegate erred in law when she recommended that the appeal be dismissed on the grounds that "the burden of proof had not been met that there were violations of the Act and/or Regulations that might have affected the result of the election".

[26] It was also an error on the part of the Delegate to reject the applicant's appeal that she had received her ballot late on the grounds that this had not affected the outcome of the election. The applicant only needed to show that it *might* have affected the outcome. Requiring that the irregularities would have affected the outcome of the election is an "imported standard". Also, the applicant only needed to show an *appearance* of corruption, which the two statutory declarations accompanying the appeal demonstrated.

[27] As demonstrated in her cross-examination, the Delegate weighed the evidence according to the civil standard of balance of probabilities. This constitutes an admission that the appeal was not processed in accordance with section 14 of the Regulations. This means that the applicant was denied procedural fairness because she was held to a higher evidentiary standard than is contemplated by the statutory scheme.

## VI. THÈSES DES PARTIES

A. *Demanderesse*

[24] La demanderesse soutient que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte pour les questions d'équité procédurale et l'interprétation juridique de manœuvres électorales corruptrices. Par conséquent, peu de déférence devrait être accordée à la décision.

[25] La demanderesse affirme que la déléguée a commis une erreur de droit dans son application du Règlement et de la Loi. En vertu de l'article 14 du Règlement, la demanderesse n'avait qu'à démontrer qu'il y avait lieu de croire à une manœuvre corruptrice ou à une violation qui puisse porter atteinte au résultat de l'élection pour que le ministre doive faire rapport au gouverneur en conseil. Par conséquent, la déléguée a commis une erreur de droit quand elle a recommandé le rejet de l'appel au motif que la demanderesse « ne s'est pas acquittée du fardeau de la preuve démontrant qu'il y a eu des violations de la Loi ou du Règlement qui puissent porter atteinte au résultat de l'élection ».

[26] Concernant le fait que la demanderesse avait reçu son bulletin de vote en retard, la déléguée a également commis une erreur en rejetant l'appel au motif que le retard n'a pas porté atteinte au résultat de l'élection. La demanderesse n'avait qu'à prouver que le retard *aurait pu* porter atteinte au résultat. L'exigence selon laquelle les irrégularités doivent avoir porté atteinte au résultat de l'élection est une « norme importée ». Par ailleurs, la demanderesse n'avait qu'à démontrer qu'il y *avait lieu de croire* à une manœuvre corruptrice, ce que les deux déclarations sous serment accompagnant l'appel démontraient.

[27] Comme il a été démontré lors de son contre-interrogatoire, la déléguée a évalué la preuve selon la norme de prépondérance des probabilités applicable en matière civile. Cela constitue une admission que l'appel n'a pas été traité conformément à l'article 14 du Règlement. Ainsi, la demanderesse s'est vue refuser l'équité procédurale en étant tenue de respecter une norme de preuve supérieure à celle prévue par le régime législatif.

[28] Additionally, the Delegate showed actual bias in making her Decision. According to the applicant, the factors she relied on to discredit the evidence adduced by the applicant in support of her appeal do not stand up to scrutiny. In addition, the Delegate's consideration of irrelevant factors, her failure to properly assess and weigh the evidence, and her favouring of the respondents over the applicant without evidentiary justification created a reasonable apprehension of bias.

[29] Furthermore, the failure to assign an investigator also constitutes denial of procedural fairness. As the evidence submitted was not persuasive one way or another, and as a reasonable expectation that an investigator would be assigned was created by the appeal of the earlier 2012 election, failure to appoint an investigator was a denial of procedural fairness.

[30] In addition, the tone and content of email conversations between Anita Hawdur, Elections Analyst, and the Electoral Officer, created a reasonable apprehension of bias.

[31] Moreover, the Delegate could not ignore that the appropriate standard of proof was identified by the Court in *Dedam*, above. In that decision, the Court found that the standard of proof was lower than the civil standard. Hence, the Delegate applied the higher standard in order "to create a more difficult test for the appellant", thereby breaching her duty of fairness to the appellant. In addition, the Delegate intentionally deceived the Court when, in her cross-examination, she stated that the applicable standard of proof was a balance of probabilities.

#### B. Respondent — Attorney General

[32] The AG is the only respondent who made submissions and appeared at the hearing.

[33] The AG's first argument is that this application is moot and therefore should not be heard. The subsequent

[28] Par ailleurs, la déléguée a fait preuve d'une partialité réelle dans sa prise de décision. Selon la demanderesse, les facteurs sur lesquels la déléguée s'est fondée pour discréditer la preuve présentée pour appuyer l'appel ne résistent pas à un examen minutieux. En outre, la prise en compte de facteurs non pertinents par la déléguée, son omission d'évaluer et de soupeser correctement la preuve et son favoritisme à l'égard des défendeurs au détriment de la demanderesse sans justification ni fondement ont entraîné une crainte raisonnable de partialité.

[29] Par ailleurs, l'omission de nommer un enquêteur constitue également un refus d'équité procédurale. Étant donné que la preuve présentée n'était pas convaincante dans un sens ou dans l'autre et que l'appel concernant une élection précédente en 2012 a créé une attente raisonnable à savoir qu'un enquêteur serait nommé, l'omission de nommer un enquêteur représente un refus d'équité procédurale.

[30] En outre, le ton et le contenu des conversations par courriel entre Anita Hawdur, analyste d'élection, et le président d'élection ont engendré une crainte raisonnable de partialité.

[31] Par ailleurs, la déléguée ne pouvait ignorer que la norme de preuve appropriée avait été établie par la Cour dans la décision *Dedam*, précitée. Dans cette décision, la Cour a conclu que la norme de preuve était inférieure à la norme en matière civile. Ainsi, la déléguée a utilisé la norme plus élevée afin de « créer un critère plus difficile à remplir par l'appelante », manquant ainsi à son devoir d'équité à l'égard de l'appelante. De plus, la déléguée a intentionnellement trompé la Cour en affirmant, lors de son contre-interrogatoire, que la norme de preuve applicable était la prépondérance des probabilités.

#### B. Défendeur — Procureur général du Canada

[32] Le PG est le seul défendeur qui a formulé des arguments et s'est présenté à l'audience.

[33] En guise de premier argument, le PG a affirmé que la demande est théorique et qu'elle ne devrait donc

election held on March 18, 2016, means that the dispute between the parties has disappeared.

[34] Moreover and alternatively, the Decision was reasonable. The AG says that the standard of review for a decision on whether the evidence supports a finding of corrupt election practices is reasonableness.

[35] The issues raised by the applicant, although framed as issues of bias and errors of law, actually relate to whether the Decision was reasonable. The Delegate carefully analyzed the evidence and her findings are reasonable.

[36] Furthermore, there was no error of law. Section 79 of the Act requires that corruption be found on a balance of probabilities to set aside an election.

[37] In addition, a decision of the Elections Unit should be reviewed on a standard of reasonableness as the Unit is familiar with, and has expertise in, the governing statutory and regulatory provisions. The Elections Unit reviewed all of the allegations and concluded that the applicable burden of proof was not met. References to widespread vote-buying when considering the allegations against Mr. Meechance do not make the Decision to dismiss the appeal unreasonable.

[38] Additionally, there was no denial of procedural fairness and no legitimate expectation that an investigation would be ordered. In the context of election appeals, band members are owed a duty of fairness. Procedural fairness matters are to be reviewed on a standard of correctness. In this case, the applicant received procedural protections during the appeal process. She had the opportunity to present her case and the Decision was made in a fair, impartial and open process, with ample reasons provided. There could be no legitimate expectation that an investigation would be ordered. There is no practice or policy of ordering such investigations and section 13 of the Regulations clearly indicates that such a decision is discretionary. The decision not to order an investigation should be reviewed on a reasonableness

pas être entendue. L'élection subséquente du 18 mars 2016 fait en sorte que le litige entre les parties n'existe plus.

[34] En revanche, la décision était raisonnable. Le PG affirme que l'examen visant à déterminer si la preuve appuie une conclusion de manœuvres électorales corruptrices repose sur la norme de la décision raisonnable.

[35] Même si elles sont qualifiées de problèmes de partialité et d'erreurs de droit, les questions soulevées par la demanderesse portent en réalité sur le caractère raisonnable de la décision. La déléguée a analysé soigneusement la preuve et ses conclusions sont raisonnables.

[36] De plus, elle n'a pas commis d'erreur de droit. En vertu de l'article 79 de la Loi, des manœuvres frauduleuses peuvent conduire au rejet d'une élection selon la prépondérance des probabilités.

[37] Par ailleurs, une décision de l'Unité des élections doit faire l'objet d'un examen selon une norme de caractère raisonnable puisque l'unité connaît les dispositions législatives et réglementaires et possède une expertise en la matière. L'Unité des élections a examiné toutes les allégations et conclu que la demanderesse ne s'était pas acquittée du fardeau de la preuve. Les allusions à l'achat massif de votes au moment de prendre en considération les allégations contre M. Meechance ne font pas de la décision de rejeter l'appel une décision raisonnable.

[38] En outre, aucun refus d'équité procédurale ni attente légitime qu'une enquête allait être demandée n'ont été observés. Dans le contexte d'un appel en matière électorale, les membres de la bande bénéficient d'une obligation d'équité. Les questions d'équité procédurale sont examinées selon la norme de la décision correcte. En l'espèce, la demanderesse a bénéficié des garanties procédurales pendant le processus d'appel. Elle a eu l'occasion de présenter son cas, et la décision a été prise selon un processus équitable, impartial et ouvert et justifiée par des motifs amplement suffisants. On ne pourrait pas s'attendre légitimement à ce qu'une enquête soit demandée. Il n'existe pas de pratique ou de politique en matière d'enquête et l'article 13 du Règlement indique clairement qu'une telle décision est

standard. The Delegate's determination that a conclusion could be reached without an investigation was reasonable.

[39] Lastly, an important portion of the application consists of personal attacks against the Delegate which are unfounded and inappropriate.

## VII. ANALYSIS

### A. *Introduction*

[40] The applicant has raised various issues for review, but at the heart of this dispute there lies a fundamental disagreement about the applicability of section 79 of the Act to the applicant's appeal of the 2014 election.

[41] The applicant says that, in assessing her appeal of the 2014 election, the Delegate bypassed sections 13 and 14 of the Regulations and erroneously applied section 79 of the Act to the evidence submitted by the applicant and to the responding evidence of the Electoral Officer, and Chief Baptiste.

[42] As the Decision makes clear, and as the Delegate confirmed in cross-examination, there is no doubt that the Delegate did apply section 79 of the Act when considering whether the appeal should be dismissed or go forward. However, the AG takes the position that this was not an error of law because section 79 of the Act, and the civil standard of proof (balance of probabilities) applicable to that provision were correctly and reasonably applied by the Delegate in the exercise of her duties in dealing with the applicant's appeal.

### B. *The Act and Regulations*

[43] The legislative framework governing the 2014 election is set out in sections 74 to 80 of the Act and sections 12 to 14 of the Regulations. For convenience, I will set out these provisions here. Sections 74 to 80 of the Act read as follows:

discrétionnaire. La décision de ne pas demander d'enquête doit être examinée selon la norme de la décision raisonnable. La déléguée a déterminé de façon raisonnable qu'il était possible de parvenir à une conclusion sans enquête.

[39] Enfin, une part importante de la demande est constituée d'attaques personnelles non fondées et inappropriées à l'égard de la déléguée.

## VII. ANALYSE

### A. *Introduction*

[40] La demanderesse a soulevé diverses questions à examiner, mais c'est une divergence d'opinions fondamentale au sujet de l'applicabilité de l'article 79 de la Loi à l'appel de la demanderesse concernant l'élection de 2014 qui se trouve au cœur du litige.

[41] La demanderesse affirme qu'en examinant son appel concernant l'élection de 2014, la déléguée a ignoré les articles 13 et 14 du Règlement et a appliqué à tort l'article 79 de la Loi à la preuve présentée par la demanderesse et à la preuve présentée en réponse par le président d'élection et le chef Baptiste.

[42] Comme il est clairement établi dans la décision et confirmé par la déléguée lors du contre-interrogatoire, il ne fait aucun doute que la déléguée a appliqué l'article 79 de la Loi au moment de déterminer si l'appel devait être rejeté ou aller de l'avant. Toutefois, le PG est d'avis qu'il ne s'agissait pas d'une erreur de droit, car l'article 79 de la Loi et la norme de preuve civile (prépondérance des probabilités) qui s'applique à cette disposition ont été correctement et raisonnablement appliqués par la déléguée dans l'exercice de ses fonctions dans le cadre de l'appel de la demanderesse.

### B. *La Loi et le Règlement*

[43] Le cadre législatif régissant l'élection de 2014 est établi aux articles 74 à 80 de la Loi et aux articles 12 à 14 du Règlement. Pour votre commodité, les dispositions sont indiquées ci-dessous. Les articles 74 à 80 de la Loi contiennent les dispositions suivantes :

### Elected councils

**74 (1)** Whenever he deems it advisable for the good government of a band, the Minister may declare by order that after a day to be named therein the council of the band, consisting of a chief and councillors, shall be selected by elections to be held in accordance with this Act.

### Composition of council

**(2)** Unless otherwise ordered by the Minister, the council of a band in respect of which an order has been made under subsection (1) shall consist of one chief, and one councillor for every one hundred members of the band, but the number of councillors shall not be less than two nor more than twelve and no band shall have more than one chief.

### Regulations

**(3)** The Governor in Council may, for the purposes of giving effect to subsection (1), make orders or regulations to provide

- (a)** that the chief of a band shall be elected by
  - (i)** a majority of the votes of the electors of the band, or
  - (ii)** a majority of the votes of the elected councillors of the band from among themselves,

but the chief so elected shall remain a councillor; and

- (b)** that the councillors of a band shall be elected by
  - (i)** a majority of the votes of the electors of the band, or
  - (ii)** a majority of the votes of the electors of the band in the electoral section in which the candidate resides and that he proposes to represent on the council of the band.

### Electoral sections

**(4)** A reserve shall for voting purposes consist of one electoral section, except that where the majority of the electors of a band who were present and voted at a referendum or a special meeting held and called for the purpose in accordance with the regulations have decided that the reserve should for voting purposes be divided into electoral sections and the Minister so recommends, the Governor in Council may make orders or regulations to provide for the division of the reserve for voting

### Conseils élus

**74 (1)** Lorsqu'il le juge utile à la bonne administration d'une bande, le ministre peut déclarer par arrêté qu'à compter d'un jour qu'il désigne le conseil d'une bande, comprenant un chef et des conseillers, sera constitué au moyen d'élections tenues selon la présente loi.

### Composition du conseil

**(2)** Sauf si le ministre en ordonne autrement, le conseil d'une bande ayant fait l'objet d'un arrêté prévu par le paragraphe (1) se compose d'un chef, ainsi que d'un conseiller par cent membres de la bande, mais le nombre des conseillers ne peut être inférieur à deux ni supérieur à douze. Une bande ne peut avoir plus d'un chef.

### Règlements

**(3)** Pour l'application du paragraphe (1), le gouverneur en conseil peut prendre des décrets ou règlements prévoyant :

- a)** que le chef d'une bande doit être élu :
  - (i)** soit à la majorité des votes des électeurs de la bande,
  - (ii)** soit à la majorité des votes des conseillers élus de la bande désignant un d'entre eux,

le chef ainsi élu devant demeurer conseiller;

- b)** que les conseillers d'une bande doivent être élus :
  - (i)** soit à la majorité des votes des électeurs de la bande,
  - (ii)** soit à la majorité des votes des électeurs de la bande demeurant dans la section électorale que le candidat habite et qu'il projette de représenter au conseil de la bande.

### Sections électorales

**(4)** Aux fins de votation, une réserve se compose d'une section électorale; toutefois, lorsque la majorité des électeurs d'une bande qui étaient présents et ont voté lors d'un référendum ou à une assemblée spéciale tenue et convoquée à cette fin en conformité avec les règlements, a décidé que la réserve devrait, aux fins de votation, être divisée en sections électorales et que le ministre le recommande, le gouverneur en conseil peut prendre des décrets ou règlements stipulant qu'aux fins de votation la réserve

purposes into not more than six electoral sections containing as nearly as may be an equal number of Indians eligible to vote and to provide for the manner in which electoral sections so established are to be distinguished or identified.

#### **Eligibility**

**75 (1)** No person other than an elector who resides in an electoral section may be nominated for the office of councillor to represent that section on the council of the band.

#### **Nomination**

**(2)** No person may be a candidate for election as chief or councillor of a band unless his nomination is moved and seconded by persons who are themselves eligible to be nominated.

#### **Regulations governing elections**

**76 (1)** The Governor in Council may make orders and regulations with respect to band elections and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations with respect to

- (a)** meetings to nominate candidates;
- (b)** the appointment and duties of electoral officers;
- (c)** the manner in which voting is to be carried out;
- (d)** election appeals; and
- (e)** the definition of *residence* for the purpose of determining the eligibility of voters.

#### **Secrecy of voting**

**(2)** The regulations made under paragraph (1)(c) shall provide for secrecy of voting.

#### **Eligibility of voters for chief**

**77 (1)** A member of a band who has attained the age of eighteen years and is ordinarily resident on the reserve is qualified to vote for a person nominated to be chief of the band and, where the reserve for voting purposes consists of one section, to vote for persons nominated as councillors.

doit être divisée en six sections électorales au plus, contenant autant que possible un nombre égal d'Indiens habilités à voter et décrétant comment les sections électorales ainsi établies doivent se distinguer ou s'identifier.

#### **Éligibilité**

**75 (1)** Seul un électeur résidant dans une section électorale peut être présenté au poste de conseiller pour représenter cette section au conseil de la bande.

#### **Présentation de candidats**

**(2)** Nul ne peut être candidat à une élection au poste de chef ou de conseiller d'une bande, à moins que sa candidature ne soit proposée et appuyée par des personnes habiles elles-mêmes à être présentées.

#### **Règlements régissant les élections**

**76 (1)** Le gouverneur en conseil peut prendre des décrets et règlements sur les élections au sein des bandes et, notamment, des règlements concernant :

- a)** les assemblées pour la présentation de candidats;
- b)** la nomination et les fonctions des préposés aux élections;
- c)** la manière dont la votation doit avoir lieu;
- d)** les appels en matière électorale;
- e)** la définition de *résidence* aux fins de déterminer si une personne est habile à voter.

#### **Secret du vote**

**(2)** Les règlements pris sous le régime de l'alinéa (1)c) contiennent des dispositions assurant le secret du vote.

#### **Qualités exigées des électeurs au poste de chef**

**77 (1)** Un membre d'une bande, qui a au moins dix-huit ans et réside ordinairement sur la réserve, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée comme candidat au poste de chef de la bande et, lorsque la réserve, aux fins d'élection, ne comprend qu'une section électorale, pour voter en faveur de personnes présentées aux postes de conseillers.

**Councillor**

(2) A member of a band who is of the full age of eighteen years and is ordinarily resident in a section that has been established for voting purposes is qualified to vote for a person nominated to be councillor to represent that section.

**Tenure of office**

78 (1) Subject to this section, the chief and councillors of a band hold office for two years.

**Vacancy**

(2) The office of chief or councillor of a band becomes vacant when

(a) the person who holds that office

(i) is convicted of an indictable offence,

(ii) dies or resigns his office, or

(iii) is or becomes ineligible to hold office by virtue of this Act; or

(b) the Minister declares that in his opinion the person who holds that office

(i) is unfit to continue in office by reason of his having been convicted of an offence,

(ii) has been absent from three consecutive meetings of the council without being authorized to do so, or

(iii) was guilty, in connection with an election, of corrupt practice, accepting a bribe, dishonesty or malfeasance.

**Disqualification**

(3) The Minister may declare a person who ceases to hold office by virtue of subparagraph (2)(b)(iii) to be ineligible to be a candidate for chief or councillor of a band for a period not exceeding six years.

**Special election**

(4) Where the office of chief or councillor of a band becomes vacant more than three months before the date when another election would ordinarily be held, a special election may be held in accordance with this Act to fill the vacancy.

**Conseiller**

(2) Un membre d'une bande, qui a dix-huit ans et réside ordinairement dans une section électorale établie aux fins d'élection, a qualité pour voter en faveur d'une personne présentée au poste de conseiller pour représenter cette section.

**Mandat**

78 (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, les chef et conseillers d'une bande occupent leur poste pendant deux années.

**Vacance**

(2) Le poste de chef ou de conseiller d'une bande devient vacant dans les cas suivants :

a) le titulaire, selon le cas :

(i) est déclaré coupable d'un acte criminel,

(ii) meurt ou démissionne,

(iii) est ou devient inhabile à détenir le poste aux termes de la présente loi;

b) le ministre déclare qu'à son avis le titulaire, selon le cas :

(i) est inapte à demeurer en fonctions parce qu'il a été déclaré coupable d'une infraction,

(ii) a, sans autorisation, manqué les réunions du conseil trois fois consécutives,

(iii) à l'occasion d'une élection, s'est rendu coupable de manœuvres frauduleuses, de malhonnêteté ou de méfaits, ou a accepté des pots-de-vin.

**Privation du droit d'être candidat**

(3) Le ministre peut déclarer un individu, qui cesse d'occuper ses fonctions en raison du sous-alinéa (2)b)(iii), inhabile à être candidat au poste de chef ou de conseiller d'une bande durant une période maximale de six ans.

**Élection spéciale**

(4) Lorsque le poste de chef ou de conseiller devient vacant plus de trois mois avant la date de la tenue ordinaire de nouvelles élections, une élection spéciale peut avoir lieu en conformité avec la présente loi afin de remplir cette vacance.

### **Governor in Council may set aside election**

**79** The Governor in Council may set aside the election of a chief or councillor of a band on the report of the Minister that he is satisfied that

- (a) there was corrupt practice in connection with the election;
- (b) there was a contravention of this Act that might have affected the result of the election; or
- (c) a person nominated to be a candidate in the election was ineligible to be a candidate.

### **Regulations respecting band and council meetings**

**80** The Governor in Council may make regulations with respect to band meetings and council meetings and, without restricting the generality of the foregoing, may make regulations with respect to

- (a) presiding officers at such meetings;
- (b) notice of such meetings;
- (c) the duties of any representative of the Minister at such meetings; and
- (d) the number of persons required at such meetings to constitute a quorum.

[44] Sections 12 to 14 of the Regulations read as follows:

**12 (1)** Within 45 days after an election, a candidate or elector who believes that

- (a) there was corrupt practice in connection with the election,
- (b) there was a violation of the Act or these Regulations that might have affected the result of the election, or
- (c) a person nominated to be a candidate in the election was ineligible to be a candidate,

may lodge an appeal by forwarding by registered mail to the Assistant Deputy Minister particulars thereof duly verified by affidavit.

### **Le gouverneur en conseil peut annuler une élection**

**79** Le gouverneur en conseil peut rejeter l'élection du chef ou d'un des conseillers d'une bande sur le rapport du ministre où ce dernier se dit convaincu, selon le cas :

- a) qu'il y a eu des manœuvres frauduleuses à l'égard de cette élection;
- b) qu'il s'est produit une infraction à la présente loi pouvant influencer sur le résultat de l'élection;
- c) qu'une personne présentée comme candidat à l'élection ne possédait pas les qualités requises.

### **Règlements sur les assemblées de la bande et du conseil**

**80** Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements sur les assemblées de la bande et du conseil et, notamment, des règlements concernant :

- a) les présidents de ces assemblées;
- b) les avis de ces assemblées;
- c) les fonctions de tout représentant du ministre à ces assemblées;
- d) le nombre de personnes requis à ces assemblées pour constituer un quorum.

[44] Les articles 12 à 14 du Règlement contiennent les dispositions suivantes :

**12 (1)** Si, dans les quarante-cinq jours suivant une élection, un candidat ou un électeur a des motifs raisonnables de croire :

- a) qu'il y a eu manœuvre corruptrice en rapport avec une élection,
- b) qu'il y a eu violation de la Loi ou du présent règlement qui puisse porter atteinte au résultat d'une élection, ou
- c) qu'une personne présentée comme candidat à une élection était inéligible,

il peut interjeter appel en faisant parvenir au sous-ministre adjoint, par courrier recommandé, les détails de ces motifs au moyen d'un affidavit en bonne et due forme.

(2) Where an appeal is lodged under subsection (1), the Assistant Deputy Minister shall forward, by registered mail, a copy of the appeal and all supporting documents to the electoral officer and to each candidate in the electoral section in respect of which the appeal was lodged.

(3) Any candidate may, within 14 days of the receipt of the copy of the appeal, forward to the Assistant Deputy Minister by registered mail a written answer to the particulars set out in the appeal together with any supporting documents relating thereto duly verified by affidavit.

(4) All particulars and documents filed in accordance with the provisions of this section shall constitute and form the record.

**13 (1)** The Minister may, if the material that has been filed is not adequate for deciding the validity of the election complained of, conduct such further investigation into the matter as he deems necessary, in such manner as he deems expedient.

(2) Such investigation may be held by the Minister or by any person designated by the Minister for the purpose.

(3) Where the Minister designates a person to hold such an investigation, that person shall submit a detailed report of the investigation to the Minister for his consideration.

**14** Where it appears that

(a) there was corrupt practice in connection with an election,

(b) there was a violation of the Act or these Regulations that might have affected the result of an election, or

(c) a person nominated to be a candidate in an election was ineligible to be a candidate,

the Minister shall report to the Governor in Council accordingly.

### C. *Case Law*

[45] The Court has previously dealt with the issue of which provisions are applicable when appeals are made under the Act and Regulations. In *Keeper v. Canada*, 2011 FC 307, [2011] 2 C.N.L.R. 118 (*Keeper*), Justice Campbell found that “the legislative provisions place an evidence gathering and reporting responsibility on the Minister, and a final decision-making responsibility on

(2) Lorsqu’un appel est interjeté au titre du paragraphe (1), le sous-ministre adjoint fait parvenir, par courrier recommandé, une copie du document introductif d’appel et des pièces à l’appui au président d’élection et à chacun des candidats de la section électorale visée par l’appel.

(3) Tout candidat peut, dans un délai de 14 jours après réception de la copie de l’appel, envoyer au sous-ministre adjoint, par courrier recommandé, une réponse par écrit aux détails spécifiés dans l’appel, et toutes les pièces s’y rapportant dûment certifiées sous serment.

(4) Tous les détails et toutes les pièces déposés conformément au présent article constitueront et formeront le dossier.

**13 (1)** Le Ministre peut, si les faits allégués ne lui paraissent pas suffisants pour décider de la validité de l’élection faisant l’objet de la plainte, conduire une enquête aussi approfondie qu’il le juge nécessaire et de la manière qu’il juge convenable.

(2) Cette enquête peut être tenue par le Ministre ou par toute personne qu’il désigne à cette fin.

(3) Lorsque le Ministre désigne une personne pour tenir une telle enquête, cette personne doit présenter un rapport détaillé de l’enquête à l’examen du Ministre.

**14** Lorsqu’il y a lieu de croire

a) qu’il y a eu manœuvre corruptrice à l’égard d’une élection,

b) qu’il y a eu violation de la Loi ou du présent règlement qui puisse porter atteinte au résultat d’une élection, ou

c) qu’une personne présentée comme candidat à une élection était inadmissible à la candidature,

le Ministre doit alors faire rapport au gouverneur en conseil.

### C. *Jurisprudence*

[45] La Cour a déjà traité la question à laquelle s’appliquent les dispositions lorsque des appels sont interjetés en vertu de la Loi et du Règlement. Dans le cas *Keeper c. Canada*, 2011 CF 307 (*Keeper*), le juge Campbell a conclu que « les dispositions légales et réglementaires attribuent au ministre la responsabilité de recueillir des éléments de preuve et d’établir un rapport, et au

the Governor in Council” (at paragraph 4). He then goes on to point out that [at paragraph 5]:

It is agreed that the Delegate was required to decide according to the evidentiary standard of proof specified in s.14 of the *Regulations* which requires only proof of the appearance of wrongdoing under both s. 14(a) and s. 14(b). In my opinion, there is no question that the decision is rendered according to the elevated evidentiary standard specified in s. 79 of the *Act* which requires proof of wrongdoing. I reject the argument made by Counsel for the Minister that the words used in the passage are only “unfortunate” and that they should be taken to be an application of s. 14. There is no credible support for this argument. The words speak for themselves; the mistake in law is not defensible. [Emphasis in original.]

[46] It is notable that the AG in *Keeper* agreed that section 14 of the *Regulations* was the governing provision. In the present case, the AG says that *Keeper* has been superseded by the decisions of Justice O’Reilly in *Woodhouse v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development Canada)*, 2013 FC 1055, [2014] 2 C.N.L.R. 406 (*Woodhouse*), and Justice O’Keefe in *Dedam*, above.

[47] In written argument, the AG asserts as follows:

41. No error in law was made with respect to how the *Indian Band Election Regulations* and *Indian Act* were applied in this case. The Respondent submits that the Applicant misunderstands the differences that exist between section 14 of the *Indian Band Election Regulations* and section 79 of the *Indian Act*, and the burden of proof required under each of those sections. The Applicant suggests that all that is required under both provisions is that a mere appearance of corruption be found. This is incorrect.

42. While section 14 of the *Indian Band Election Regulations* indicates that an appearance of corruption will be enough to require a report to be submitted to the Governor in Council, section 79 of the *Indian Act* requires that corruption be found using the civil standard of a balance of probabilities in order for an election to be set aside. Thus, section 79 does not require an evidentiary standard lower than the civil standard of a balance of probabilities. In fact, it would not be reasonable for an

gouverneur en conseil la responsabilité de rendre une décision finale » (au paragraphe 4). Il poursuit en ajoutant ce qui suit [au paragraphe 5] :

Il est acquis aux débats que le représentant du ministre était tenu de décider en fonction de la norme de preuve précisée à l’article 14 du Règlement, qui exige seulement la preuve qu’il y a lieu de croire qu’un acte répréhensible visé aux alinéas 14a) ou 14b) a été commis. À mon avis, il ne fait aucun doute que la décision a été rendue en fonction de la norme de preuve plus exigeante de l’article 79 de la Loi, qui exige la preuve d’un acte répréhensible. Je rejette l’argument formulé par les avocates du ministre selon lequel les mots employés dans le passage ne sont que « malheureux » et qu’ils devraient être considérés comme étant une application de l’article 14. Il n’y a aucun fondement crédible à cet argument. Les mots parlent d’eux-mêmes; l’erreur de droit n’est pas justifiable.

[46] Il convient de noter que dans la décision *Keeper*, le PG était d’accord pour dire que l’article 14 du Règlement était la disposition applicable. En l’espèce, le PG affirme que la décision *Keeper* a été remplacée par celles du juge O’Reilly dans la décision *Woodhouse c. Canada (Affaires autochtones et du Nord canadien)*, 2013 CF 1055 (*Woodhouse*), et du juge O’Keefe dans la décision *Dedam*, précitée.

[47] Dans ses observations écrites, le PG fait valoir ce qui suit :

41. Aucune erreur de droit n’a été commise dans la façon dont le Règlement sur les élections au sein des bandes d’Indiens et la Loi sur les Indiens ont été appliquées en l’espèce. Le défendeur fait valoir que la défenderesse comprend mal les différences entre l’article 14 du Règlement sur les élections au sein des bandes d’Indiens et l’article 79 de la Loi sur les Indiens, ainsi que le fardeau de la preuve exigé en vertu de chacun de ces articles. La défenderesse laisse entendre que seule une apparence de manœuvres frauduleuses est exigée en vertu des deux dispositions. C’est inexact.

42. Bien que l’article 14 du Règlement sur les élections au sein des bandes d’Indiens indique qu’une apparence de manœuvres frauduleuses est suffisante pour qu’un rapport soit fait au gouverneur en conseil, l’article 79 de la Loi sur les Indiens exige que la présence de manœuvres frauduleuses soit établie selon la norme de preuve en matière civile de la prépondérance des probabilités pour rejeter une élection. Par conséquent, l’article 79 n’exige pas une norme de preuve inférieure à la prépondérance

election to be set aside based on the mere appearance of corruption.

43. The Federal Court’s decision in *Woodhouse v. Canada (Attorney General)*, which followed and clarified the court[’]s earlier decisions that the Applicant relies upon, *Keeper v. Canada (Minister of Indian Affairs & Northern Development)* and *Dedam*, sets out the burden of proof required under sections 78 and 79 of the *Indian Act*. In *Woodhouse*, the Court makes it clear that only if the Minister is satisfied on a balance of probabilities that a corrupt practice has occurred can an election be set aside.

44. When referring to section 78 of the *Indian Act*, which is similar to section 79, the Court notes, “it certainly requires more than the mere appearance of impropriety, which is sufficient only to trigger a report to the Governor in General under s 14 of the Regulations.” The Court went on to note, “[t]he Minister’s declaration of guilt must, therefore, be based on his being satisfied on the balance of probabilities that an election official has committed a corrupt practice. Only then can a person be removed from office.”

45. Further, with respect to *Dedam*, the Court in *Woodhouse* clarified, “the Minister’s decision under s 78(2)(b)(ii) of the Act removing certain persons from elected office was reasonable, as it was based on sufficient cogent evidence of corrupt practice on the part of those individuals.” In other words, in *Dedam*, the civil standard of proof had been met, and not merely the lower evidentiary threshold found in section 14 of the *Indian Band Election Regulations*. [Footnotes omitted.]

[48] In my view, this reasoning entirely misses the point of the issue in dispute in this application. There is no disagreement that sections 78 and 79 require the civil burden of proof. In fact, section 78 does not even arise on the facts of this case. The issue is that the Delegate, in dealing with the appeal and making her recommendations, felt free to deal with the whole matter under section 79 of the Act and omitted to apply the applicable standard to the evidence-gathering aspect of her report. As Justice Campbell pointed out, section 79 deals with the powers of the Governor in Council to set aside “the election of a chief or councillor of a band on the report

des probabilités en matière civile. En fait, il serait déraisonnable de rejeter une élection uniquement lorsqu’il y a lieu de croire à une manœuvre corruptrice.

43. La décision de la Cour fédérale dans *Woodhouse c. Canada (Procureur général)*, qui a suivi et clarifié les décisions antérieures de la Cour sur lesquelles la demanderesse s’appuie, *Keeper c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* et *Dedam*, établit le fardeau de la preuve exigé en vertu des articles 78 et 79 de la *Loi sur les Indiens*. Dans la décision *Woodhouse*, la Cour établit clairement qu’une élection peut être rejetée uniquement si le ministre est convaincu qu’il y a eu des manœuvres frauduleuses selon la prépondérance des probabilités.

44. En se reportant à l’article 78 de la *Loi sur les Indiens*, semblable à l’article 79, la Cour note, « il ne suffit pas qu’il y ait simplement lieu de croire qu’une irrégularité a été commise, ce qui donne uniquement lieu à la remise d’un rapport au gouverneur en conseil aux termes de l’article 14 du Règlement ». La Cour ajoute ensuite que « pour formuler une déclaration de culpabilité, le ministre doit donc être convaincu selon la prépondérance des probabilités qu’un représentant élu a commis une manœuvre frauduleuse. Ce n’est qu’alors que le représentant visé peut être destitué ».

45. Par ailleurs, en ce qui concerne la décision *Dedam*, la Cour a apporté dans la décision *Woodhouse* la clarification suivante : « la décision du ministre de destituer certains représentants élus aux termes du sous-alinéa 78(2)b)(ii) de la Loi était raisonnable, puisqu’elle reposait sur des éléments de preuve suffisamment solides établissant que ces représentants avaient commis des manœuvres frauduleuses ». Autrement dit, la norme de preuve en matière civile a été respectée dans *Dedam*, et non la norme de preuve inférieure prévue à l’article 14 du *Règlement sur les élections au sein des bandes d’Indiens*. [Renvois omis.]

[48] À mon avis, ce raisonnement n’est pas du tout pertinent par rapport à la question en litige dans la présente demande. Le fardeau de la preuve en matière civile exigé aux termes des articles 78 et 79 ne soulève aucune divergence d’opinions. En fait, l’article 78 ne concerne même pas les faits en l’espèce. La question en litige est que la déléguée, en examinant l’appel et en émettant ses recommandations, a jugé suffisant de traiter l’ensemble de la cause en vertu de l’article 79 de la Loi et a omis d’utiliser la norme applicable à la collecte de la preuve dans son rapport. Comme l’a indiqué le juge Campbell, l’article 79 décrit le pouvoir du gouverneur en conseil

of the Minister”. The Delegate and others working within the Elections Unit of Indigenous and Northern Affairs Canada (INAC) are not the Governor in Council, and no report was made to the Governor in Council in this case, so that section 79 of the Act never came into play. The Delegate decided to dispense with any investigation under section 13 of the Regulations and to dismiss the appeal without providing a report to the Governor in Council.

[49] As far as I can gather from the cross-examination of the Delegate, this approach to dealing with election appeals under the Act is settled practice within the Elections Unit of INAC. Given the volume of appeals across the country, I can see why INAC would try to streamline the appeals process into something that is manageable. However, in resorting to a straight application of section 79 of the Act, or conflating section 79 of the Act with section 14 of the Regulations, the Elections Unit has significantly changed the very nature of the appeals process and has, in effect, bypassed sections 13 and 14 of the Regulations. Internal policy decisions cannot be used to amend the law in this way.

[50] At the hearing of this application before me in Saskatoon on September 14, 2016, the AG attempted to justify and legitimize the Elections Unit’s treatment of appeals in various ways. Counsel argued that:

- (a) The Court’s position in *Keeper*, above, has been corrected by the decisions in *Woodhouse* and *Dedam*, both above, which decisions make it clear that section 79 is the governing provision for the Elections Unit to apply when dealing with election appeals under the Act;
- (b) The bypassing of section 14 of the Regulations or the conflation of section 14 with section 79 of the Act really made no difference in this case at the end of the day because the dismissal of the appeal, as in others, was reasonable given the facts established by the evidence.

de rejeter « l’élection du chef ou d’un des conseillers d’une bande sur le rapport du ministre ». La déléguée et les autres personnes œuvrant à l’Unité des élections des Affaires autochtones et du Nord Canada (AANC) ne sont pas le gouverneur en conseil, et aucun rapport n’a été fait au gouverneur en conseil en l’espèce. Par conséquent, l’article 79 de la Loi n’a jamais été en cause. La déléguée a décidé d’omettre de mener une enquête en vertu de l’article 13 du Règlement et de rejeter l’appel sans faire un rapport au gouverneur en conseil.

[49] D’après ce que je peux comprendre du contre-interrogatoire de la déléguée, cette approche de traitement des appels d’élection en vertu de la Loi représente une pratique établie au sein de l’Unité des élections d’AANC. Compte tenu du volume d’appels à l’échelle du pays, je peux comprendre pourquoi AANC tenterait de simplifier le processus d’appel pour être en mesure d’en assurer la gestion. Toutefois, en appliquant directement l’article 79 de la Loi ou en confondant l’article 79 de la Loi et l’article 14 du Règlement, l’Unité des élections a modifié de façon importante la nature même du processus d’appels et a en fait négligé les articles 13 et 14 du Règlement. Les décisions relatives à la politique interne ne peuvent être utilisées de la sorte pour modifier la loi.

[50] À l’audience concernant cette demande qui s’est tenue devant moi à Saskatoon le 14 septembre 2016, le PG a tenté de plusieurs façons de justifier et de rendre légitime la manière dont l’Unité des élections traite les appels. Le procureur a affirmé que :

- a) La position de la Cour dans la décision *Keeper*, précitée, a été corrigée par les décisions *Woodhouse* et *Dedam*, toutes deux précitées, qui établissent clairement que l’article 79 est la disposition applicable par l’Unité des élections pour traiter les appels d’élections en vertu de la Loi;
- b) En fait, le contournement de l’article 14 du Règlement ou la confusion entre l’article 14 du Règlement et l’article 79 de la Loi n’ont finalement fait aucune différence en l’espèce, car le rejet de l’appel, comme dans d’autres cas, était raisonnable compte tenu des faits établis à partir de la preuve.

[51] These arguments are, in my view, meretricious and unconvincing. To begin with, there is nothing in *Woodhouse* or *Dedam*, or any other case of which I am aware, that modifies or supplants *Keeper*. If Justice O'Reilly and Justice O'Keefe had felt it appropriate to reject *Keeper*, they would have done so in accordance with the rules of judicial comity. And there is no reference in either case to rejecting or even distinguishing *Keeper*. Counsel for the AG did not point to any specific wording in *Woodhouse* or in *Dedam* that even remotely suggests that *Keeper* does not remain good law.

[52] Secondly, the Elections Unit's decision to simply bypass section 14 of the Regulations and apply section 79 of the Act in the way that was done in this case cannot lead to a reasonable decision because it, in effect, makes it significantly harder for appellants (most of them ordinary people with, perhaps, limited resources) to have their appeals assessed in the way that Parliament has said they must be assessed.

[53] For example, if we take the Delegate's handling of the evidence for alleged vote-buying by Chief Baptiste and Mr. Meechance, all kinds of problems arise from her decision to forego any kind of investigation and to apply the evidentiary standard applicable under section 79 of the Act instead of making an initial assessment of the evidence under section 14 of the Regulations which requires a decision as to whether there is (a) the appearance of a corrupt practice in connection with the election, or (b) a violation of the Act or the Regulations that might have affected the result of an election.

[54] To begin with, the evidence is clear that the Delegate considers that a "corrupt practice", like a "violation of the Act or these Regulations" also has to be something that would have affected the result of the election. Section 14 does not require that a "corrupt practice" affect the outcome of an election, and nor does paragraph 79(a) of the Act. The delegate simply imports this requirement into her Decision without any authority or justification. Apparently, the Elections Unit of INAC and, in this application, the AG, are of the view that a

[51] À mon avis, ces observations sont illégitimes et peu convaincantes. Pour commencer, à ma connaissance, rien dans les décisions *Woodhouse*, *Dedam* ou toute autre décision ne modifie ou supprime la décision *Keeper*. Si les juges O'Reilly et O'Keefe avaient jugé approprié de rejeter la décision *Keeper*, ils l'auraient fait conformément aux règles de la courtoisie judiciaire. Or, il n'existe aucune mention de rejet ni même de distinction par rapport à la décision *Keeper* dans l'une ou l'autre des décisions. L'avocat du PG n'a cité aucun passage de la décision *Woodhouse* ou de la décision *Dedam* suggérant, même de loin, que la décision *Keeper* ne demeure pas valable juridiquement.

[52] Deuxièmement, la décision de l'Unité des élections de contourner simplement l'article 14 du Règlement et d'appliquer l'article 79 de la Loi de la façon dont elle a été prise en l'espèce ne peut être raisonnable, car, en réalité, elle fait en sorte qu'il est beaucoup plus difficile pour les appelants (dont la plupart sont des personnes ordinaires aux ressources possiblement limitées) de faire évaluer leurs appels de la façon dont le Parlement a indiqué qu'ils doivent être évalués.

[53] Par exemple, si l'on considère la façon dont la déléguée a traité la preuve des allégations d'achat de votes par le chef Baptiste et M. Meechance, des problèmes de tous genres sont survenus à la suite de sa décision de précéder toute forme d'enquête et d'appliquer la norme de preuve en vertu de l'article 79 de la Loi plutôt que de réaliser un examen initial de la preuve en vertu de l'article 14 du Règlement, qui exige une décision à savoir s'il y a lieu de croire a) qu'il y a eu manœuvre corruptrice à l'égard d'une élection ou b) qu'il y a eu violation de la Loi ou du Règlement qui puisse porter atteinte au résultat d'une élection.

[54] Tout d'abord, les éléments de preuve montrent clairement que la déléguée considère également une « manœuvre corruptrice », comme une « violation de la Loi ou du présent règlement », comme un élément qui aurait influé sur le résultat de l'élection. Ni l'article 14 du Règlement ni l'alinéa 79a) de la Loi n'exigent qu'une « manœuvre corruptrice » porte atteinte au résultat d'une élection. La déléguée ne fait qu'importer cette exigence dans sa décision, sans pouvoir ni justification. Apparemment, l'Unité des élections d'AANC et, dans

corrupt practice does not need to be dealt with unless, on a balance of probabilities, it might have affected the outcome of an election.

[55] Secondly, the Delegate's refusal to have conflicting evidence investigated and to, instead, apply a balance of probabilities test to the evidence before her, leads her into some entirely unreasonable conclusions, the result of which is to forestall any real assessment of whether a corrupt practice in the form of vote-buying has occurred.

[56] It has to be borne in mind that the appeal process is inherently tipped in favour of those elected, so that great care must be taken by the Elections Unit to ensure that the necessary evidence is available before a decision is made. This is because, when an appeal is made, the appellant has no idea how the person involved in the alleged violation or corrupt practice will respond. If an appeal meets the requirements of section 12 of the Regulations, the Elections Unit sends a copy of the appeal and all supporting documents to the Electoral Officer and the election candidates. These supporting documents will usually consist of the affidavit of the appellant and, as in this case, statutory declarations that support the allegations. The Electoral Officer and the candidates then submit their responses and any supporting documentation. In the present case, the Electoral Officer and Chief Baptiste provided the only responses.

[57] This means that the Electoral Officer and the candidates have full disclosure of the allegations before they submit, or decline to submit, their responses, and can tailor their responses accordingly. However, the appellant has no opportunity to respond to the materials submitted by the Electoral Officer and the candidates. This is why the investigative function under section 13 of the Regulations is so important. The nature and scope of any such investigation is entirely at the Minister's discretion if he or she decides that "the material filed is not adequate for deciding the validity of the election complained of".

cette demande, le PG, estiment qu'il n'est pas nécessaire d'intervenir en cas de manœuvre corruptrice sauf dans le cas où, selon la prépondérance des probabilités, elle aurait porté atteinte au résultat de l'élection.

[55] Deuxièmement, le refus de la déléguée de demander une enquête sur les éléments de preuve contradictoires et sa décision de recourir plutôt au critère de la prépondérance des probabilités pour les éléments de preuve présentés l'ont menée à certaines conclusions entièrement déraisonnables qui ont retardé toute évaluation réelle de la présence de manœuvres corruptrices sous la forme d'achat de votes.

[56] Il ne faut pas oublier que le processus d'appel penche intrinsèquement en faveur des élus, donc que l'Unité des élections doit faire preuve d'une grande prudence pour s'assurer que la preuve nécessaire est accessible avant de prendre une décision. Il en est ainsi, car, au moment d'interjeter appel, l'appelant n'a aucune idée de comment réagira la personne ayant commis la présumée violation ou la manœuvre corruptrice. Si un appel répond aux exigences prévues à l'article 12 du Règlement, l'Unité des élections envoie une copie de l'appel et de tous les documents justificatifs au président d'élection et aux candidats à l'élection. Ces documents justificatifs comprennent habituellement la déclaration de l'appelant et, comme en l'espèce, les déclarations sous serment appuyant les allégations. Le président d'élection et les candidats présentent alors leurs réponses et tous les documents justificatifs. En l'espèce, les seules réponses proviennent du président d'élection et du chef Baptiste.

[57] Cela signifie que le président d'élection et les candidats ont reçu la communication intégrale des allégations avant de présenter ou de refuser de présenter leurs réponses et qu'ils ont pu adapter leurs réponses en conséquence. Toutefois, l'appelante n'a pas l'occasion de réagir aux documents présentés par le président d'élection et les candidats. Voilà pourquoi l'enquête prévue à l'article 13 du Règlement est si importante. La nature et l'étendue d'une telle enquête sont à l'entière discrétion du ministre s'il décide que « les faits allégués ne sont pas suffisants pour décider de la validité de l'élection faisant l'objet de la plainte ».

[58] It seems to me that, on the present facts, no investigation was required into the applicant's complaint that the Electoral Officer failed to provide mail-in ballots to electors in a timely manner, thereby preventing them from completing and returning their ballots in time to be counted.

[59] While I don't think the applicant was provided with her ballot in a timely manner, there was, even under paragraph 14(b) of the Regulations, no evidence to support that this failure "might have affected the result" of the 2014 election.

[60] Ms. Leona Carol Wuttunee, who supports the applicant with a sworn affidavit about how she failed to receive a ballot did, in fact, vote in person so that her experience could not have impacted the outcome of the election. The applicant failed to provide the names of other off or on reserve electors who were allegedly not sent a mail-in ballot package by the Electoral Officer in time to vote.

[61] Although the Delegate refers to paragraph 79(b) of the Act when she addresses the ballot allegations of the applicant, she also says that "the evidence was insufficient for the purposes of finding a violation of the Indian Act *or the Regulations* that would have affected the outcome of the election. As a result, this allegation is dismissed" (emphasis added). On the facts, I think this was a reasonable finding. I don't think there was sufficient evidence of even an appearance of a violation that under paragraph 14(b) of the Regulations "might have affected the result" of the 2014 election.

[62] What is strange, though, is that, in addition to applying section 79 of the Act to the evidence on this issue, the Delegate also felt the need to refer to the Regulations and to find that the evidence was "insufficient for the purpose of finding a violation of the ... Regulations that would have affected the outcome of the election". If, as the Delegate asserts in her evidence before me and the AG argues in this application, it is section 79 of the Act that governs this situation and not section 14 of the Regulations, there would have been no need for the Delegate to refer to the Regulations. Yet she

[58] Il me semble, selon les faits en l'espèce, qu'aucune enquête n'était nécessaire sur la plainte de la demanderesse selon laquelle le président d'élection a omis de poster les bulletins de vote aux électeurs en temps opportun, les empêchant de les remplir et de les retourner à temps pour qu'ils soient comptabilisés.

[59] Même si je ne crois pas que la demanderesse a reçu son bulletin de vote en temps opportun, aucune preuve, même en vertu de l'alinéa 14b) du Règlement, n'indique que cette omission « [aurait pu] porter atteinte au résultat » de l'élection de 2014.

[60] M<sup>me</sup> Leona Carol Wuttunee, qui appuie la demanderesse dans une déclaration sous serment dans laquelle elle affirme ne pas avoir reçu de bulletin de vote, a voté en personne, ce qui fait que son expérience n'aurait pas pu porter atteinte au résultat de l'élection. La demanderesse n'a pas fourni les noms d'autres électeurs hors réserve ou sur la réserve auxquels le président d'élection n'aurait pas posté un bulletin de vote à temps pour qu'ils puissent voter.

[61] Bien que la déléguée mentionne l'alinéa 79b) de la Loi quand elle traite des allégations de la demanderesse sur les bulletins de vote, elle affirme également que « la preuve était insuffisante pour conclure à une violation de la Loi sur les Indiens *ou du Règlement* qui aurait porté atteinte au résultat de l'élection. Par conséquent, la demande est rejetée » (je souligne). Selon les faits, je crois que la décision était raisonnable. Je ne pense pas que la preuve était suffisante pour démontrer, en vertu de l'alinéa 14b) du Règlement, qu'il y avait lieu de croire même à une apparence de violation qui aurait pu « porter atteinte au résultat » de l'élection de 2014.

[62] Toutefois, il est étrange qu'en plus d'avoir appliqué l'article 79 de la Loi à la preuve en l'espèce, la déléguée a de plus jugé nécessaire de se reporter au Règlement et d'établir que la preuve était « insuffisante pour conclure à une violation du [...] Règlement qui aurait porté atteinte au résultat de l'élection ». Si, comme le fait valoir la déléguée dans la preuve qui m'est présentée et le PG dans sa demande, la situation était régie par l'article 79 de la Loi et non l'article 14 du Règlement, il n'y avait pas lieu que la déléguée se reporte au Règlement. Or, son rapport et ses recommandations

seems well aware in her report and recommendations that the Regulations do have to be satisfied. On this point, then, she addresses the Regulations as she should, so that I see no error of law or unreasonableness with regard to her decision regarding the applicant's complaint about electors not receiving ballots. Nor do I think that any investigation was required under section 13. The evidence just did not suggest a ballot problem of sufficient magnitude to affect the outcome of the election. The problems with the Decision arise from the way that the Delegate addressed the vote-buying issue.

[63] When it comes to the vote-buying allegations, the Delegate:

- (a) Completely bypasses section 14 of the Regulations and applies section 79 of the Act to the evidence before her;
- (b) Imports an "affected the election" requirement into her deliberations, a requirement that is not in accordance with either paragraph 14(a) of the Regulations or paragraph 79(a) of the Act;
- (c) Fails to conduct any kind of investigation under section 13 of the Regulations in a situation where, reasonably speaking, no fair or balanced decision was possible because of conflicting evidence; and
- (d) Bases her Decision upon false or irrelevant assumptions.

[64] In her appeal, the applicant alleged (supported by the affidavit of Robert Dean Wuttunee (Mr. Wuttunee)) that Chief Baptiste participated in the corrupt practice of vote-buying in the 2014 election. The section of the Decision dealing with this issue reads as follows:

**8. It was alleged by Robin Dean Wuttunee that Chief Stewart Baptists participated in the corrupt practice of vote buying.**

montrent qu'elle semble parfaitement consciente qu'il est nécessaire de satisfaire au Règlement. À ce titre, elle traite le Règlement comme elle le devrait, alors je ne relève aucune erreur de droit ou de caractère déraisonnable dans sa décision concernant la plainte de la demanderesse selon laquelle les électeurs n'ont pas reçu les bulletins de vote. Je ne crois pas non plus qu'une enquête était nécessaire en vertu de l'article 13. La preuve n'évoquait tout simplement pas un problème de bulletins de vote d'une ampleur suffisante pour porter atteinte au résultat de l'élection. Les problèmes liés à la décision sont attribuables à la façon dont la déléguée a évalué la question de l'achat de votes.

[63] En ce qui concerne les allégations d'achat de votes, la déléguée :

- a) Contourne complètement l'article 14 du Règlement et applique l'article 79 de la Loi à la preuve qui lui est présentée;
- b) Importe une exigence d'« atteinte à l'élection » dans ses délibérations, exigence qui n'est conforme ni à l'alinéa 14a) du Règlement ni à l'alinéa 79a) de la Loi;
- c) Omet de conduire toute forme d'enquête en vertu de l'article 13 du Règlement dans une situation où, de façon raisonnable, il était impossible de prendre une décision équitable ou pondérée en raison d'éléments de preuve contradictoires; et
- d) Appuie sa décision sur des hypothèses fausses ou non pertinentes.

[64] Dans son appel, la demanderesse a déclaré (appuyée par la déclaration de Robert Dean Wuttunee (M. Wuttunee)) que le chef Baptiste avait participé à une manœuvre corruptrice d'achat de votes lors de l'élection de 2014. Voici le passage de la décision portant sur cette question :

**8. Il a été allégué par Robin Dean Wuttunee que le chef Stewart Baptiste avait participé à une manœuvre corruptrice d'achat de votes.**

## INDIAN BAND ELECTION REGULATIONS

Paragraph 12 (1) (b) of the Regulations states that:

*Within 45 days after an election, a candidate or elector who believes that:*

*(a) there was corrupt practice in connection with the election may lodge an appeal by forwarding by registered mail to the Assistant Deputy Minister particulars thereof duly verified by affidavit.*

## FINDINGS

With her notice of appeal, Ms. Good attached a sworn affidavit from Robin Dean Wuttunee. In his sworn statement he stated that on or about February 20, 2014, he was present at Steward Baptiste Jr's home for the purpose of repairing the Chief's car. He further stated, "*while I was engaged in this work, Clayton Buglar (hereinafter 'Buglar') drove into the yard and entered the house. A short time later I went into the house to get a drink of water and to advise Baptiste that I might not be able to finish the work on his motor vehicle that evening. As I was walking into the house I overheard Buglar say to Baptiste words to the effect of 'With these it will make it two hundred.' Just as Buglar said this I walked into the kitchen and observed a large stack of what I recognized to be ballots for the upcoming band election.*"

## RESPONSES TO THE APPEAL CIRCULATION

Wesley Lambert responded to the allegations of vote buying by stating that he had no knowledge of the allegations against candidate Stewart Baptiste. He further stated, "*Once the voting ballot package is sent out to the elector, there is no control as to whom handles it.*"

In his sworn affidavit, reelected Chief Stewart Baptiste denies that he even hired Mr. Wuttunee to work on his vehicle on February 20, 2014. He stated, "*He was not in my house on that date, invited or not, and could not have seen me 'stuffing' a box with ballots because this is something I have never done.*" He further asserted, "*Mr. Wuttunee and I have not gotten along for a couple of years. Ever since he was released from the penitentiary for armed robbery, sexual assault and numerous vehicle thefts, he has a negative influence on the youth of our*

## RÈGLEMENT SUR LES ÉLECTIONS AU SEIN DES BANDES D'INDIENS

L'alinéa 12(1)a) du Règlement énonce que :

*Si, dans les quarante-cinq jours suivant une élection, un candidat ou un électeur a des motifs raisonnables de croire :*

*a) qu'il y a eu manœuvre corruptrice en rapport avec une élection, il peut interjeter appel en faisant parvenir au sous-ministre adjoint, par courrier recommandé, les détails de ces motifs au moyen d'une déclaration en bonne et due forme.*

## CONCLUSIONS

Madame Good a joint à son avis d'appel une déclaration sous serment de Robin Dean Wuttunee. Dans cette déclaration, M. Wuttunee déclare que le ou vers le 20 février 2014, il se trouvait à la résidence du chef Stewart Baptiste Jr pour réparer sa voiture. Il ajoute « *pendant que j'accomplissais le travail, Clayton Buglar (ci-après nommé « M. Buglar ») est arrivé dans son véhicule et est entré dans la maison. Peu de temps après, je suis entrée dans la maison pour prendre un verre d'eau et aviser M. Baptiste que je n'allais peut-être pas être en mesure de terminer le travail sur son véhicule ce soir-là. En entrant dans la maison, j'ai entendu M. Buglar s'adresser à M. Baptiste en disant "avec ceux-là, ça fera deux cents". À ce moment-là, je suis entré dans la cuisine et j'ai vu une grande pile composée de documents que j'ai reconnus comme étant des bulletins de vote pour l'élection à venir au sein de la bande* ».

## RÉPONSES À LA CIRCULATION DE L'APPEL

Wesley Lambert a répondu aux allégations d'achat de votes en déclarant qu'il n'était pas au courant des allégations contre le candidat Stewart Baptiste. Il a ajouté qu'« *une fois que le bulletin de vote est envoyé à l'électeur, il est impossible de gérer par qui il sera manipulé.* »

Dans sa déclaration sous serment, le chef réélu Stewart Baptiste a même nié avoir embauché M. Wuttunee pour réparer son véhicule le 20 février 2014. Il déclare : « *il n'était pas dans ma maison à cette date, invité ou non, et ne pourrait pas m'avoir vu remplir une boîte de bulletins de vote puisque je n'ai jamais commis un tel geste.* » Il a ajouté : « *M. Wuttunee et moi ne sommes pas en bons termes depuis quelques années. Depuis sa sortie du pénitencier après une sentence pour vol armé, agression sexuelle et de nombreux vols de véhicules, il exerce une*

community, and I have expressed my desire to see him off our First Nation.” Chief Baptiste added that it was a matter of public record that Mr. Wuttunee’s mother appealed the 2012 election, which was dismissed.

### CONCLUSION

While Mr. Wuttunee declared that he overheard Clayton Buglar say words to the effect of, “*With these it will make it two hundred,*” he did not say that he heard the word “ballots.” He further went on to say, “*Just as Buglar said this I walked into the kitchen and observed a large stack of what I recognized to be ballots for the upcoming band election.*” It is not unreasonable to question his statement, “*With these it will make it two hundred,*” particularly since Clayton Buglar only received 144 votes from 855 valid ballots cast. If Mr. Buglar had 200 empty ballots, it is reasonable to assume that he would have received a significantly higher number of votes, if not at least 200. Moreover, the Electoral Officer’s Report reveals that all ballots were reconciled and accounted for.

Moreover, Mr. Wuttunee only mentioned that he “*observed a large stack of what I recognized to be ballots for the upcoming band election.*” In not providing additional details concerning this alleged stack of ballots, such as the colour of the ballots or whether or not voter declaration forms and envelopes were included, Mr. Wuttunee failed to provide sufficient evidence to incriminate Chief Baptiste in the corrupt practice of vote buying, and no other elector came forward in support of this allegation. Chief Baptiste refuted the allegations and provided plausible reasons as to why Mr. Wuttunee would fabricate this allegation. Furthermore, Chief Baptiste is currently in his third term of office. Examining the vote spread between the elected Chief and the candidate with the second highest number of votes for the last three elections, numbers are pretty consistent. Thus, it does not appear that there were any large anomalies in this election that would lead to a suspicion of vote buying.

Therefore, based on the evidence gathered, the examination of election documents, as well as the allegation being methodically refuted - in contrast to the uncorroborated allegations - the allegation that Chief Stewart Baptiste engaged in vote buying is dismissed as it fell short of meeting the burden of proof.

*influence négative sur les jeunes de notre communauté et j’ai exprimé ma volonté de le faire exclure de notre Première Nation.* » Le chef Baptiste a poursuivi en affirmant qu’il était de notoriété publique que la mère de M. Wuttunee avait interjeté appel de l’élection de 2012, appel qui a été rejeté.

### CONCLUSION

Bien que M. Wuttunee ait déclaré avoir entendu Clayton Buglar dire « *avec ceux-là, ça fera deux cents* », il n’a pas affirmé avoir entendu les mots « bulletins de vote ». Il a poursuivi en ajoutant : « *à ce moment-là, je suis entré dans la cuisine et j’ai vu une grande pile composée de documents que j’ai reconnus comme étant des bulletins de vote pour l’élection à venir au sein de la bande* ». Il n’est pas déraisonnable de remettre en question l’énoncé « *avec ceux-là, ça fera deux cents* », en particulier parce que Clayton Buglar n’a reçu que 144 votes sur 855 bulletins de vote valides. Si M. Buglar avait eu 200 bulletins de vote, il est raisonnable de supposer qu’il aurait reçu beaucoup plus de votes, du moins 200 au minimum. Par ailleurs, le rapport du président d’élection révèle que tous les bulletins de vote ont été recueillis et comptabilisés.

De plus, M. Wuttunee a seulement mentionné avoir « *vu une grande pile composée de documents qu’il a reconnus comme étant des bulletins de vote pour l’élection à venir au sein de la bande* ». En ne fournissant pas de précisions concernant cette prétendue pile de bulletins de vote, par exemple la couleur des bulletins ou si elle contenait ou non des formules de déclaration d’identité et des enveloppes, M. Wuttunee a omis de fournir une preuve suffisante pour incriminer le chef Baptiste d’avoir participé à une manœuvre corruptrice d’achat de votes, et aucun autre électeur ne s’est manifesté pour appuyer cette allégation. Le chef Baptiste a réfuté les allégations et fourni des raisons plausibles expliquant pourquoi M. Wuttunee pourrait avoir inventé cette allégation. De plus, le chef Baptiste en est actuellement à son troisième mandat. Si l’on examine la répartition des votes entre le chef élu et l’autre candidat ayant recueilli le plus grand nombre de votes lors de trois derniers scrutins, les chiffres sont très semblables. Par conséquent, il ne semble pas y avoir eu d’irrégularités importantes qui auraient pu donner lieu à des soupçons d’achat de votes lors de cette élection.

Par conséquent, compte tenu de la preuve recueillie, de l’examen des documents d’élection et de la réfutation méthodique de l’allégation par rapport aux allégations non corroborées, l’allégation selon laquelle le chef Stewart Baptiste a participé à l’achat de votes est rejetée, le fardeau de la preuve n’ayant pas été acquitté.

[65] It is immediately apparent that the Delegate does not say directly what standard of proof she is applying to the evidence on this issue. However, she did confirm in cross-examination that the information in an appeal was weighed according to the civil standard of proof. See cross-examination of Natalie Nepton, Vol. I, page 11, lines 17–19, page 38, lines 13–17. It also appears from the Decision itself that the Delegate does not address whether there is an appearance of corrupt practice under paragraph 14(b) of the Regulations, but weighs the evidence under subsection 79(1) of the Act. The AG in this application also asserts that section 79 of the Act is applicable to this situation and that the Delegate was entitled to apply, and did apply, the civil standard of proof. So I take it as established for the purposes of my decision that the Delegate bypassed paragraph 14(b) of the Regulations and assessed this matter as though she was the Governor in Council under section 79 of the Act. It is, once again, strange then that the delegate should begin by citing paragraph 12(1)(b) of the Regulations, thus demonstrating that she knows the Regulations are applicable to the task at hand, but then fails to consider sections 13 or 14 of the Regulations. The Delegate does not explain why she feels she is able to render a decision on this issue without some kind of investigation into the conflicting evidence that was before her, and she confirmed in cross-examination that she did not even try to check out the competing assertions of either party and that, in fact, there was nothing to corroborate Chief Baptiste’s evidence.

[66] Instead, she engages in a dubious weighing process that, in my view, is not reasonable. Mr. Buglar may not have used the word “ballots” but Mr. Wuttunee observed the ballots and there is no evidence to suggest that Mr. Buglar could have been referring to anything else. The number of votes that Mr. Buglar received is irrelevant because the accusation is that Chief Baptiste was buying votes. Nor is there any reason to doubt that Mr. Wuttunee doesn’t know election ballots when he sees them. Just because he doesn’t mention their colour or voter declaration forms is no reason to doubt his observations without further investigation. If the Delegate felt it necessary to test the accuracy of Mr. Wuttunee’s observations then she should have examined him on the

[65] Il apparaît évident que la déléguée n’a pas précisé directement la norme de preuve qu’elle a appliquée en l’espèce. Toutefois, elle a confirmé lors du contre-interrogatoire que les renseignements présentés en appel étaient évalués selon la norme de preuve civile : voir le contre-interrogatoire de Natalie Nepton, vol. I, page 11, lignes 17 à 19, et page 38, lignes 13 à 17. Il semble également, de par la décision même, que la déléguée n’a pas établi s’il y a lieu de croire qu’il y a eu manœuvre corruptrice en vertu de l’alinéa 14b) du Règlement, mais qu’elle a évalué la preuve selon le paragraphe 79(1) de la Loi. Le PG associé à cette demande déclare également que l’article 79 de la Loi s’applique dans cette situation et que la déléguée avait le droit d’appliquer, et a appliqué, la norme de preuve en matière civile. Je considère donc qu’il a été établi, aux fins de ma décision, que la déléguée a contourné l’alinéa 14b) du Règlement et évalué cette question comme si elle était gouverneur en conseil en vertu de l’article 79 de la Loi. Une fois de plus, il est alors étrange que la déléguée commence en citant l’alinéa 12(1)b) du Règlement, démontrant ainsi sa connaissance que le Règlement s’applique en l’espèce, pour ensuite négliger les articles 13 ou 14 du Règlement. La déléguée n’explique pas pourquoi elle estime être en mesure de rendre une décision sur la question sans mener aucune forme d’enquête sur les éléments contradictoires de la preuve qui lui est présentée, et elle confirme lors du contre-interrogatoire qu’elle n’a même pas tenté de vérifier les allégations divergentes de l’une ou l’autre des parties et qu’en fait, il n’existait aucun élément pour corroborer la preuve du chef Baptiste.

[66] Elle entreprend plutôt un processus d’évaluation discutable qui, à mon avis, est déraisonnable. M. Buglar n’a peut-être pas prononcé les mots « bulletins de vote », mais M. Wuttunee a vu les bulletins de vote et aucune preuve ne porte à croire que M. Buglar aurait pu faire allusion à autre chose. Le nombre de votes reçus par M. Buglar n’est pas pertinent, car l’accusation porte sur l’achat de votes par le chef Baptiste. Par ailleurs, il n’y a aucune raison de douter que M. Wuttunee puisse reconnaître des bulletins de vote quand il en voit. Le fait qu’il ne mentionne pas leur couleur ou la présence de formules de déclaration d’identité ne suffit pas pour douter de ces observations sans mener une enquête approfondie. Si la déléguée avait jugé nécessaire

point. In failing to do so, she discounted his evidence for no real reason without giving him an opportunity to satisfy her that he did know what he saw.

[67] There is no basis for the Delegate’s conclusion that Chief Baptiste “provided plausible reasons as to why Mr. Wuttunee would fabricate this allegation”. The Delegate simply decides that she will accept Chief Baptiste’s evidence without—as she conceded in cross-examination—confirming and checking the truth of what either Mr. Wuttunee or Chief Baptiste said. Chief Baptiste is able to “methodically” refute what Mr. Wuttunee says because he has seen Mr. Wuttunee’s evidence and so can provide explanations as to why it should not be believed. Mr. Wuttunee is not allowed to see and comment upon Chief Baptiste’s evidence and there is nothing to suggest that, had he done so, he would not have been able to provide an equally methodical refutation. Mr. Wuttunee’s evidence may have lacked corroboration, but so did the evidence of Chief Baptiste. The investigative powers in section 13 of the Regulations are provided to resolve this kind of head-on conflict in the evidence. It is not reasonable to simply accept the evidence of one side when there is no real evidentiary basis for doing so.

[68] The applicant also provided evidence from Ms. Denise Virginia Soonias that she and her son sold their ballots to Mr. Meechance. The Delegate deals with this evidence as follows:

**9. Denise Virginia Soonias alleged that she sold her and her son’s ballot to Charles Meechance.**

**FINDINGS**

In support of the appellant’s allegation that corrupt practice occurred in the form of vote buying and selling, Denise Virginia Soonias, in her sworn affidavit, states that she contacted Charles Meechance, a candidate for the position of councillor, to ask him to purchase her and her son’s ballot for \$250 each. She attested that she received money for her ballot in previous elections, and that she wanted do so again. Mr. Meechance agreed to meet her and her son in a parking lot where he provided her and

d’évaluer l’exactitude des observations de M. Wuttunee, elle aurait dû lui poser des questions sur ce point. En omettant de le faire, elle a écarté la preuve sans raison réelle et sans lui donner l’occasion de lui prouver qu’il savait ce qu’il avait vu.

[67] La conclusion de la déléguée selon laquelle le chef Baptiste a « fourni des raisons plausibles expliquant pourquoi M. Wuttunee pourrait avoir inventé cette allégation » n’a aucun fondement. La déléguée décide simplement qu’elle admettra la preuve du chef Baptiste sans, comme elle l’a admis lors du contre-interrogatoire, confirmer et vérifier que les propos de M. Wuttunee ou du chef Baptiste sont véridiques. Le chef Baptiste est en mesure de réfuter « méthodiquement » les propos de M. Wuttunee parce qu’il a vu la preuve de M. Wuttunee et peut fournir des explications quant aux raisons de ne pas le croire. M. Wuttunee n’a pas la permission de voir ou de commenter la preuve du chef Baptiste et rien ne porte à croire que, s’il l’avait fait, il n’aurait pas été en mesure de présenter une réfutation tout aussi méthodique. La preuve de M. Wuttunee n’a peut-être pas été corroborée, mais il en va de même pour celle du chef Baptiste. Les pouvoirs d’enquête décrits à l’article 13 du Règlement sont conférés pour résoudre de front ce type de contradiction entre les éléments de preuve. Il est déraisonnable d’accepter simplement la preuve d’une partie sans véritable fondement probatoire.

[68] La demanderesse a également présenté la preuve de M<sup>me</sup> Denise Virginia Soonias selon laquelle elle et son fils ont vendu leurs bulletins de vote à M. Meechance. La déléguée traite cette preuve comme suit :

**9. Denise Virginia Soonias a déclaré avoir vendu son bulletin de vote et celui de son fils à Charles Meechance.**

**CONCLUSIONS**

Pour appuyer l’allégation de la demanderesse selon laquelle il y a eu manœuvre corruptrice sous la forme d’achat et de vente de votes, Denise Virginia Soonias déclare, dans sa déclaration sous serment, qu’elle a communiqué avec Charles Meechance, candidat au poste de conseiller, pour lui proposer d’acheter son bulletin de vote et celui de son fils au prix de 250 \$ chacun. Elle atteste qu’elle a reçu de l’argent pour son bulletin de vote lors d’élections précédentes et qu’elle voulait en

her son with the said amounts. However, her son did not submit an affidavit to support the allegation. Further, no other members came forward to support the allegation that Charles Meechance purchased ballots. It should also be noted that Charles Meechance was not elected in the 2014 election, and has not succeeded in holding a position since the 2001 election. He received 226 votes, ranking ninth in the number of votes cast, 10 votes short of a tie for the last available councillor position. Although both Ms. Soonias and her son live on the reserve, they both voted by mail-in ballot

Ms. Soonias' [sic] sworn affidavit stated that "Approximately three weeks before the election I contacted Charles Meechance." She continued, "Meechance agreed to meet me and my son Dashayne Dwayne Soonias in the parking lot behind the No Frills store in North Battleford. When we met him in the parking lot, he gave me two hundred and fifty dollars for my ballot and I witnessed him give my son Dashayne Dwayne Soonias two hundred and fifty dollars for his ballot. He told us not to tell anyone, took our ballots and we went our separate ways."

If Ms. Soonias contacted Mr. Meechance three weeks prior to the date of the election, the alleged meeting would have taken place on or about February 27, 2014. Both Ms. Soonias' and son's voter declarations were examined by the Elections Unit. They both witnessed each other's declarations on March 11, 2014. It therefore brings to question the veracity of Ms. Soonias' [?] allegation that Mr. Meechance purchased and took their ballots with him on or about February 27, 2014, when the declarations were signed on March 11, 2014. Moreover, no other elector came forward to support the allegation that Mr. Meechance participated in the corrupt practice of vote buying.

#### **RESPONSES TO THE APPEAL CIRCULATION**

Charles Meechance's appeal package was returned "unclaimed." As such a statement has not been provided by Mr. Meechance.

#### **CONCLUSION**

Ms. Soonias was the only individual who submitted a sworn statement accusing Charles Meechance, unsuccessful candidate for councillor, of buying two ballots. Her son did not provide an affidavit confirming, or denying, that he was given money in exchange for his vote.

recevoir encore. M. Meechance a accepté de la rencontrer avec son fils dans un stationnement, où il leur a remis lesdits montants. Toutefois, son fils n'a pas présenté de déclaration pour appuyer l'allégation. Par ailleurs, aucun autre membre ne s'est manifesté pour appuyer l'allégation selon laquelle Charles Meechance aurait acheté des bulletins de vote. Il importe également de noter que Charles Meechance n'a pas été élu lors de l'élection de 2014 et n'a pas réussi à obtenir un poste depuis l'élection de 2001. Il a récolté 226 votes et est arrivé neuvième, à 10 votes de remporter le dernier poste ouvert de conseiller. Bien que M<sup>me</sup> Soonias et son fils vivent sur la réserve, ils ont tous deux voté en postant leur bulletin de vote.

Dans sa déclaration sous serment, M<sup>me</sup> Soonias déclare : « environ trois semaines avant l'élection, j'ai communiqué avec Charles Meechance ». Elle poursuit : « M. Meechance a accepté de me rencontrer avec mon fils Dashayne Dwayne Soonias dans le stationnement situé derrière le magasin No Frills, à North Battleford. Quand nous l'avons rejoint dans le stationnement, il m'a remis les deux cent cinquante dollars pour mon bulletin de vote et je l'ai vu remettre la même somme à mon fils Dashayne Dwayne Soonias en échange de son bulletin de vote. Il nous a demandé de ne rien dire à personne, a pris nos bulletins de vote, puis nous sommes partis ».

Si M<sup>me</sup> Soonias a communiqué avec M. Meechance trois semaines avant la date de l'élection, la présumée rencontre aurait eu lieu le ou vers le 27 février 2014. L'Unité des élections a examiné les formules de déclaration d'identité des deux électeurs. Ils ont tous deux agi à titre de témoin pour la formule de l'autre le 11 mars 2014. Par conséquent, il convient de remettre en question la véracité de l'allégation de M<sup>me</sup> Soonias selon laquelle M. Meechance aurait acheté et apporté leurs bulletins de vote le ou vers le 27 février 2014 puisque les formules de déclaration ont été signées le 11 mars 2014. Par ailleurs, aucun autre électeur ne s'est manifesté pour appuyer l'allégation selon laquelle M. Meechance a participé à une manœuvre corruptrice sous la forme d'achat de votes.

#### **RÉPONSES À LA CIRCULATION DE L'APPEL**

La trousse d'appel de Charles Meechance a été retournée après avoir été déclarée « non réclamée ». Ainsi, M. Meechance n'a formulé aucune déclaration.

#### **CONCLUSION**

Madame Soonias est la seule personne ayant présenté une déclaration sous serment accusant Charles Meechance, candidat non élu au poste de conseiller, de l'achat de deux bulletins de vote. Son fils n'a déposé aucune déclaration confirmant ou niant qu'il avait reçu de l'argent en

Also, the dates appearing on the voter declaration forms do not corroborate the allegation that ballots were purchased on February 27, 2014.

As no other individuals came forward to support the appellant's allegation of vote buying, the statement submitted by Ms. Soonias is not indicative of wide-spread vote buying. Two points stand out to support this: Ms. Soonias allegedly contacted Mr. Meechance in order to sell her ballot; she did not claim that he approached her. Moreover, she did not provide any supporting documentation, testimonials, names, or contact information to support her allegation, least of all from her son who allegedly received money for his ballot. As such, the evidence falls short of the burden of proof required to substantiate that there was corrupt practice. Therefore, the allegation is dismissed.

[69] It is noteworthy here that Mr. Meechance did not provide any evidence to refute what Ms. Soonias says, and yet the Delegate, without any checking or investigation, still feels she can reject Ms. Soonias' evidence. At the very least, with no evidence to refute Ms. Soonias' statutory declaration, there has to be an appearance of vote-buying. However, what the Delegate really does here is to make a negative credibility finding without any basis to support it. If she doubted Ms. Soonias' credibility, she could have investigated further. Instead, she once again relied upon spurious grounds to reject unrefuted evidence.

[70] The fact that Ms. Soonias' son did not submit his own affidavit is not a reason to doubt Ms. Soonias' credibility. She provides evidence of what she saw with her own eyes. This is not hearsay. There could have been all kinds of reasons why Ms. Soonias' son did not submit an affidavit, expense being one of them, feeling that his mother had said all that needed to be said, or fear of self-incrimination. The Delegate makes no attempt to find out why he did not provide evidence and merely draws a negative inference that has no basis in law or logic. The Delegate could easily have found out why the son had not provided an affidavit, but she chose not to.

échange de son vote. De plus, les dates figurant sur les formules de déclaration d'identité ne corroborent pas l'allégation selon laquelle les bulletins de vote auraient été achetés le 27 février 2014.

Comme personne d'autre ne s'est manifesté pour appuyer l'allégation d'achat de votes de l'appelante, la déclaration déposée par M<sup>me</sup> Soonias n'évoque pas d'achat de votes à grande échelle. Deux points particuliers appuient cette conclusion : M<sup>me</sup> Soonias aurait communiqué avec M. Meechance pour lui vendre son bulletin de vote; elle n'a pas déclaré avoir été sollicitée par lui. En outre, elle n'a fourni aucun document, témoignage, nom ou coordonnées appuyant son allégation ni même celle de son fils, qui aurait reçu de l'argent en échange de son bulletin de vote. Par conséquent, les éléments de preuve présentés ne sont pas suffisants pour s'acquitter du fardeau de la preuve et prouver qu'il y a eu manœuvre corruptrice. L'allégation est donc rejetée.

[69] Il convient de noter ici que, malgré le fait que M. Meechance n'a fourni aucune preuve pour réfuter les propos de M<sup>me</sup> Soonias, la déléguée estime qu'elle peut rejeter la preuve de M<sup>me</sup> Soonias sans vérification ni enquête. À tout le moins, en l'absence de preuve pour réfuter la déclaration sous serment de M<sup>me</sup> Soonias, il y avait lieu de croire à l'achat de votes. Toutefois, la déléguée a posé ici un jugement négatif sur la crédibilité sans le moindre fondement. Si elle doutait de la crédibilité de M<sup>me</sup> Soonias, elle aurait pu approfondir l'enquête. Une fois de plus, elle s'est plutôt appuyée sur des éléments fallacieux pour rejeter une preuve non réfutée.

[70] Le fait que le fils de M<sup>me</sup> Soonias n'a pas déposé de déclaration en son nom ne constitue pas une raison de remettre en doute sa crédibilité. Elle présente une preuve de ce qu'elle a vu de ses propres yeux. Il ne s'agit pas de ouï-dire. Toutes sortes de raisons pourraient expliquer pourquoi le fils de M<sup>me</sup> Soonias n'a pas déposé de déclaration, notamment les frais, la conviction que sa mère a tout dit ce qu'il y avait à dire ou la crainte de s'auto-incriminer. La déléguée ne tente pas de découvrir pourquoi il n'a pas déposé de preuve et tire simplement une conclusion négative qui n'a aucun fondement juridique ou logique. La déléguée aurait pu établir facilement pourquoi le fils n'a pas déposé de déclaration, mais elle en a décidé autrement.

[71] The fact that “no other members came forward to support the allegations that Charles Meechance purchased ballots” is irrelevant and is not evidence that he did not purchase the ballots of Ms. Soonias and her son for which direct, unrefuted evidence exists. Also irrelevant is the fact that Mr. Meechance was not elected. The Delegate makes the mistake of importing into the corruption allegation a requirement that the activity in question might affect the outcome of the election. This is not a requirement under paragraph 14(a) of the Regulations.

[72] It is also irrelevant that Ms. Soonias contacted Mr. Meechance and he did not contact her. If someone purchases a vote, it doesn't matter who initiated the purchase. It is also unreasonable to expect that Ms. Soonias would be able to provide “any supporting documentation, testimonials, names or contact information to support her allegation, least of all from her son who allegedly received money for his ballot”. As already pointed out, the son may have had good reason not to become involved and the Delegate had no reason to suspect that this had anything to do with Ms. Soonias' credibility. Furthermore, it is difficult to understand what other “supporting documentation, testimonials, names or contact information” the Delegate has in mind for a clandestine transaction that took place in secret in a parking lot behind the No Frills store in North Battleford. I somehow doubt that those involved in the purchase of votes do so in a context that yields a paper trail or an opportunity for testimonials and witnesses.

[73] The Delegate's point about the declarations signed on March 11, 2014, may well have some validity, but is not sufficient to support a negative credibility finding when there is no evidence from Mr. Meechance. It is inconsistent for the Delegate to draw a negative inference from the son's failure to provide an affidavit but to draw no negative inference against Mr. Meechance when he provided no statement at all.

[71] Le fait qu'« aucun autre membre ne s'est manifesté pour appuyer l'allégation selon laquelle Charles Meechance aurait acheté des bulletins de vote » n'est pas pertinent et aucun élément ne prouve qu'il n'a pas acheté les bulletins de M<sup>me</sup> Soonias et de son fils, allégation appuyée par une preuve non réfutée. Le fait que M. Meechance n'a pas été élu n'est pas pertinent non plus. La déléguée commet l'erreur d'importer une exigence selon laquelle une manœuvre alléguée doit pouvoir porter atteinte au résultat de l'élection. Or, il ne s'agit pas d'une exigence en vertu de l'alinéa 14a) du Règlement.

[72] Le fait que M<sup>me</sup> Soonias a communiqué avec M. Meechance et non l'inverse n'est pas pertinent non plus. Si un vote est acheté, la personne à l'origine de la transaction n'a aucune importance. Il est également déraisonnable de s'attendre à ce que M<sup>me</sup> Soonias ait été en mesure de fournir « tout document justificatif, témoignage, nom ou coordonnées appuyant son allégation, même de son fils, qui aurait reçu de l'argent en échange de son bulletin de vote ». Comme il a déjà été indiqué, son fils avait peut-être une bonne raison de ne pas être impliqué et la déléguée n'avait aucune raison de soupçonner que la situation pouvait avoir une incidence sur la crédibilité de M<sup>me</sup> Soonias. De plus, il est difficile de comprendre quels autres « documents justificatifs, témoignages, noms ou coordonnées » avait en tête la déléguée pour une transaction clandestine qui s'est déroulée en secret dans un stationnement derrière le magasin No Frills de North Battleford. Je doute que les personnes participant à des transactions d'achat de votes le font dans un contexte qui donne lieu à des relevés papier ou à des témoignages et à des témoins.

[73] L'observation de la déléguée à propos des déclarations signées le 11 mars 2014 pourrait avoir une certaine validité, mais pas assez pour appuyer un jugement négatif sur la crédibilité en l'absence de preuve de M. Meechance. Il n'est pas cohérent que la déléguée tire une conclusion défavorable parce que le fils a omis de déposer une déclaration sans tirer de conclusion défavorable parce que M. Meechance n'a présenté aucune déclaration.

*D. Conclusions on Vote-Buying*

[74] It seems to me that the applicant has established that the Delegate's treatment of the vote-buying allegations was:

- (a) Based upon an error of law in failing to consider the evidence in accordance with section 14 of the Regulations;
- (b) Was unreasonable in its conclusions given the evidence before her and her failure to check out bald assertions and/or investigate direct conflicts in the evidence;
- (c) Was procedurally unfair because the failure to check and investigate provided no opportunity for witnesses to address concerns before negative rulings based upon credibility were used to dismiss the appeal.

[75] Having said all of this, I think it is also necessary for the Court to consider whether there is any practical reason for interfering with this Decision.

[76] I have already said that I do not think there was a reviewable error in the way the ballot issue was dealt with. As the Delegate points out, her findings justify a dismissal of the appeal on this issue, whether it is considered from the perspective of section 79 of the Act or the Regulations. There were no conflicts in the evidence that required any further investigation and the applicant had failed to demonstrate even an appearance of a violation of the Act or the Regulations that might, under paragraph 14(b) of the Regulations, have affected the result of the 2014 election.

[77] As regards vote-buying, it seems to me that, for the reasons given, the Delegate, in her treatment of the evidence of Ms. Soonias, erred by applying the section 79 standard, by reaching unreasonable conclusions unsupported by the evidence, and by making negative credibility findings in a procedurally unfair way. However, in the end, I don't think this really matters.

*D. Conclusions sur l'achat de votes*

[74] Il me semble que la demanderesse a établi que le traitement des allégations d'achat de votes par la déléguée était :

- a) Fondé sur une erreur de droit, la déléguée ayant omis d'évaluer la preuve conformément à l'article 14 du Règlement;
- b) Déraisonnable dans ses conclusions étant donné la preuve qui lui a été présentée et son omission de vérifier les simples allégations et de mener une enquête sur les éléments de preuve directement contradictoires;
- c) Inéquitable sur le plan procédural parce que l'omission d'effectuer des vérifications et de mener une enquête ne donnait pas l'occasion aux témoins de remédier aux préoccupations avant de tirer des conclusions négatives s'appuyant sur la crédibilité pour rejeter l'appel.

[75] Cela dit, je crois qu'il est également nécessaire que la Cour examine s'il existe une raison pratique d'infirmier cette décision.

[76] Comme je l'ai mentionné, je ne crois pas qu'une erreur susceptible de révision ait été commise dans la façon dont la question des bulletins de vote a été traitée. Comme l'indique la déléguée, ses conclusions justifient le rejet de l'appel sur cette question, qu'elle soit considérée sous la perspective de l'article 79 de la Loi ou du Règlement. Aucun conflit nécessitant une enquête approfondie n'a été observé dans la preuve et la demanderesse n'a pas réussi à démontrer qu'il y avait lieu de croire à une violation de la Loi ou du Règlement qui pourrait, selon l'alinéa 14b) du Règlement, avoir porté atteinte au résultat de l'élection de 2014.

[77] En ce qui concerne l'achat de votes, il me semble que, pour les raisons données, la déléguée a commis une erreur dans le traitement de la preuve de M<sup>me</sup> Soonias en appliquant la norme de l'article 79, en tirant des conclusions déraisonnables non appuyées par la preuve et en tirant des conclusions défavorables d'une manière inéquitable sur le plan procédural. Toutefois, au bout du

[78] As regards the evidence of Ms. Soonias, the Elections Unit's approach has some justification because there was little point in the Minister reporting to the Governor in Council. This is because, under section 79 of the Act, the Governor in Council's discretion only extends to setting aside "the election of a chief or councillor of a band" if, on a balance of probabilities, there was, under paragraph 79(a), "corrupt practice in connection with the election".

[79] The only corrupt practice alleged by Ms. Soonias was the purchase of two votes by Mr. Meechance, who was not elected. There is nothing in the evidence to connect Mr. Meechance's vote-buying with any ground that would justify the Governor in Council in setting aside the election of a chief or councillor. Nor was there anything in Ms. Soonias' evidence to suggest widespread vote-buying by the chief and any councillor, so that, in my view, it was reasonable not to pursue this issue further with an investigation under section 13.

[80] The only real issue before me is whether the treatment of Mr. Wuttunee's evidence regarding vote-buying by Chief Baptiste required further action. For reasons given, it seems to me that this evidence certainly established an appearance of corrupt practice in connection with an election in accordance with paragraph 14(a) of the Regulations, so that a report needed to be made to the Governor in Council for the purpose of making a decision in accordance with section 79 of the Act. It also seems to me that the competing evidence on this matter meant that it could not be dealt with without some kind of investigation by the Minister under section 13 of the Regulations. The comparison of the vote spread in previous elections in which Chief Baptiste was a successful candidate does not mean that the alleged purchase of 200 votes did not occur and did not affect Chief Baptiste's success in the 2014 election.

compte, je ne crois pas que ces faits soient réellement importants.

[78] En ce qui a trait à la preuve de M<sup>me</sup> Soonias, l'approche de l'Unité des élections est en quelque sorte justifiée, car il n'y avait pas vraiment lieu pour le ministre de faire un rapport au gouverneur en conseil. En effet, selon l'article 79 de la Loi, le gouverneur en conseil peut uniquement rejeter « l'élection du chef ou d'un des conseillers d'une bande » si, selon la prépondérance des probabilités, il y a eu, en vertu de l'alinéa 79a), « des manœuvres frauduleuses à l'égard de cette élection ».

[79] La seule manœuvre frauduleuse alléguée par M<sup>me</sup> Soonias constitue l'achat de deux votes par M. Meechance, qui n'a pas été élu. Aucun élément de la preuve ne permet d'établir que l'achat de votes par M. Meechance justifierait que le gouverneur en conseil rejette l'élection d'un chef ou d'un conseiller. En outre, aucun élément de la preuve présentée par M<sup>me</sup> Soonias ne porte à croire à l'achat de votes à grande échelle par le chef et son conseiller. J'estime donc qu'il était raisonnable de ne pas approfondir la question en tenant une enquête en vertu de l'article 13.

[80] La seule véritable question que je dois évaluer consiste à savoir si le traitement de la preuve de M. Wuttunee concernant l'achat de votes par le chef Baptiste exigeait des mesures supplémentaires. Pour les raisons données, il me semble que la preuve a permis d'établir avec certitude qu'il y avait lieu de croire à une manœuvre corruptrice dans le cadre d'une élection en vertu de l'alinéa 14a) du Règlement. Par conséquent, un rapport aurait dû être fait au gouverneur en conseil en vue de prendre une décision conformément à l'article 79 de la Loi. Il me semble également que la présence d'éléments de preuve conflictuels en l'espèce empêchait son traitement sans qu'une certaine forme d'enquête soit tenue par le ministre, conformément à l'article 13 du Règlement. La comparaison de la répartition des votes par rapport à l'élection précédente remportée par le chef Baptiste ne signifie pas que le prétendu achat de 200 votes n'a pas eu lieu et qu'il n'a pas exercé une incidence sur la victoire du chef Baptiste à l'élection de 2014.

[81] This matter should have been addressed in accordance with sections 13 and 14 of the Regulations so that a decision could be made by the Governor in Council under section 79 of the Act. Here, there was both an appearance of vote-buying and directly competing evidence that required further investigation so that a report could be made to the Minister and the Governor in Council.

#### E. *Other Issues*

[82] The applicant has raised a number of other issues, some of which (the procedural unfairness allegations, for example) have been dealt with as part of my discussion above. The reasonable apprehension of bias allegations based upon Ms. Anita Hawdur's words of reassurance to the Electoral Officer are not proven. There is no indication, in the full context, that an informed person, with knowledge of all the relevant circumstances and the social realities in this case would apprehend bias, given the evidence on ballots and the checking that was done on this issue. See *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1998] 3 F.C. 3 (T.D.), at paragraphs 19–27.

[83] Nor do I accept that the Delegate was trying to mislead the Court when she swore under oath that the required standard of proof was the balance of probabilities. As I hope my discussion above had made clear, the interaction between section 79 of the Act and sections 13 and 14 of the Regulations is not absolutely obvious on these facts and, in any event, taking a position that section 79 of the Act should be applied in this case was not an attempt to mislead the Court. Getting the law wrong is not an exercise in deception.

[84] The applicant wisely withdrew her allegations of actual bias at the hearing on September 14, 2016. There is no evidence before me of actual bias. I think that what the applicant means by a reasonable apprehension of bias in this case is that the Elections Unit of INAC, in bypassing section 14 of the Regulations, in failing to investigate conflicting evidence under section 13 of the

[81] Cette question aurait dû être examinée conformément aux articles 13 et 14 du Règlement afin qu'une décision puisse être prise par le gouverneur en conseil en vertu de l'article 79 de la Loi. En l'espèce, les incertitudes quant à l'achat de votes et les éléments de preuve directement contradictoires exigeaient une enquête approfondie afin qu'on puisse faire rapport au ministre et au gouverneur en conseil.

#### E. *Autres questions*

[82] La demanderesse a soulevé d'autres questions, dont certaines (par exemple, les allégations de manquement à l'équité procédurale) ont été traitées ci-haut dans ma discussion. Les allégations de crainte raisonnable de partialité fondées sur les mots rassurants de M<sup>me</sup> Anita Hawdur à l'égard du président d'élection ne sont pas prouvées. En tentant compte du contexte d'ensemble et compte tenu des éléments de preuve concernant les bulletins de vote et les vérifications effectuées sur la question, rien n'indique qu'une personne avisée connaissant toutes les circonstances pertinentes et les réalités sociales de l'espèce manifesterait une crainte de partialité : voir l'arrêt *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1998] 3 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.), aux paragraphes 19 à 27.

[83] Par ailleurs, je n'admets pas que la déléguée ait tenté d'induire la Cour en erreur en déclarant sous serment que la norme de preuve requise était celle de la prépondérance des probabilités. Comme j'espère l'avoir clairement établi dans la discussion ci-dessus, le lien entre l'article 79 de la Loi et les articles 13 et 14 du Règlement ne sont pas parfaitement évidents à cet égard et, quoi qu'il en soit, affirmer que l'article 79 de la Loi doit être appliqué en l'espèce ne constitue pas une tentative d'induire la Cour en erreur. Une mauvaise interprétation de la loi ne constitue pas un exercice de tromperie.

[84] La demanderesse a sagement retiré ses allégations de partialité à l'audience du 14 septembre 2016. Aucune preuve de partialité ne m'a été présentée. Je crois qu'en l'espèce, la « crainte raisonnable de partialité » de la demanderesse reposait sur le fait que l'Unité des élections d'AANC, en contournant l'article 14 du Règlement, en omettant de faire enquête sur des éléments de preuve

Regulations (as set out above) and by simply deciding this case under the section 79's civil standard of proof, has created an apprehension of systemic bias in that it tips the appeals process—or it did in this case—unfairly in favour of elected officials and to the disadvantage of appellants in a way that is not authorized by the Act and the Regulations. In this regard, however, it means little more than procedural unfairness and unreasonableness on the facts of this case and does not need to be dealt with as a separate issue.

[85] I also find that the applicant has failed to establish that she had a legitimate expectation that an investigation would be ordered in this case. As the AG points out, a legitimate expectation requires a clear, unambiguous and unqualified representation, policy or practice that is relied upon. See *Mount Sinai Hospital Center v. Quebec (Minister of Health and Social Services)*, 2001 SCC 41, [2001] 2 S.C.R. 281, at paragraph 29. No such representation, policy or practice existed in this case and section 13 of the Regulations makes it abundantly clear that the Minister has the discretion to “conduct such further investigation into the matter as he deems necessary, in such manner as he deems expedient.” This discretion means there can be no legitimate expectation that an investigation will be ordered in any particular case. But the discretion has to be exercised reasonably, and I have found that this did not occur in the case of the allegations of Chief Baptiste.

#### F. *Mootness*

[86] The AG argues that this application is moot because a subsequent election took place in 2016 so that there can be no live issue between the parties. The AG also says that there is no issue raised in the application that is important enough to justify the use of scarce judicial resources.

[87] A case is moot when it fails to meet the “live controversy” test. The principles regarding mootness and the Court's residual discretion to address a moot issue are well-known and were set out in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at pages 358–363.

conflituels en vertu de l'article 13 du Règlement (comme il est décrit ci-dessus) et en jugeant l'espèce simplement en vertu de la norme de preuve civile de l'article 79, a engendré une crainte de partialité systémique en faisant injustement pencher la balance en faveur des élus et au désavantage des appelants d'une manière qui n'est pas permise par la Loi et le Règlement. Toutefois, à cet égard, la question dépasse l'iniquité et le caractère déraisonnable des faits en l'espèce et ne doit pas être traitée de manière distincte.

[85] Je conclus également que la demanderesse a omis d'établir qu'elle s'attendait en toute légitimité qu'une enquête soit tenue en l'espèce. Comme l'observe le PG, une attente légitime doit être fondée sur une représentation, une politique ou une pratique claire, absolue et sans ambiguïté : voir l'arrêt *Centre hospitalier Mont-Sinaï c. Québec (Ministre de la Santé et des Services sociaux)*, 2001 CSC 41, [2001] 2 R.C.S. 281, au paragraphe 29. Aucune représentation, politique ou pratique n'a été observée en l'espèce et l'article 13 du Règlement établit très clairement qu'il est à la discrétion du ministre de « conduire une enquête aussi approfondie qu'il le juge nécessaire et de la manière qu'il juge convenable ». Ce pouvoir discrétionnaire signifie qu'aucune attente légitime ne peut être entretenue par rapport à la demande qu'une enquête soit tenue dans un cas en particulier. Toutefois, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé de manière raisonnable, et je conclus qu'il ne l'a pas été dans le cas des allégations contre le chef Baptiste.

#### F. *Caractère théorique*

[86] Le PG fait valoir que cette demande est théorique étant donné qu'une élection subséquente a eu lieu en 2016 et qu'il ne peut exister de litige entre les parties à l'heure actuelle. Le PG déclare également que la demande ne comporte aucune question assez importante pour justifier l'utilisation de ressources judiciaires limitées.

[87] Une affaire est qualifiée de théorique quand il est établi qu'il ne s'agit pas d'un « litige actuel ». Les principes concernant le caractère théorique et le pouvoir discrétionnaire résiduel de la Cour pour juger d'une question théorique sont bien connus et ont été établis dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, aux pages 358 à 363.

[88] In the present case, a live controversy remains over the issue of what statutory provisions and regulations govern election appeals even though a new election has taken place since the 2014 election. The adversarial context still exists and this application was well and fully argued by the parties who have a stake in the outcome. The collateral consequences are important here because of the number of appeals which the Elections Unit has to deal with each year. Judicial resources will be conserved because a decision here will obviate the need to challenge elections on similar grounds in the future. Uncertainty will prevail if this dispute is not resolved and the Court is being asked to provide direction on fundamental issues that are likely to recur across the country. There is a real social cost to leaving the matter undecided. In my view, and based upon these factors, I believe the Court should, notwithstanding the mootness in this case, exercise its discretion to deal with the central issue of controversy between the parties.

[89] Given that the evidence before me establishes that roughly 40 percent (238 of 617) of First Nations hold elections in accordance with the Act, and the Delegate gives evidence of the significant number of appeals dealt with by the Elections Unit, this matter needs prompt clarification.

[90] In the present case, the applicant asks for a declaration that the Minister breached the principles of procedural fairness in denying the appeal, as well as an order quashing the Decision, together with an order by the Court allowing the original appeal.

[91] The Court cannot substitute its own decision for the Decision under review and there is no point in quashing the Decision and sending it back for reconsideration, given the 2016 election. The applicant acknowledged this at the hearing and asked that the Court simply issue an appropriate declaration of any reviewable errors it might find. I note that Justice Mactavish did this in *Hudson*, above, where a pending new election meant there was no point in returning the matter for reconsideration (at paragraphs 111 and 112):

[88] En l'espèce, une controverse subsiste quant aux dispositions législatives et aux règlements qui s'appliquent aux appels en matière électorale, même si une nouvelle élection s'est tenue depuis celle de 2014. Le contexte contradictoire subsiste et cette demande a été pleinement débattue par les parties concernées par les conclusions. Les conséquences collatérales sont importantes en raison du nombre d'appels que doit traiter annuellement l'Unité des élections. Les ressources judiciaires seront préservées, car le rendement d'une décision éliminera la nécessité de remettre en question des élections pour des motifs semblables à l'avenir. L'incertitude persistera si le présent litige n'est pas résolu, et la Cour est appelée à donner des directives sur les questions fondamentales susceptibles de se reproduire à l'échelle du pays. Omettre de rendre une décision sur ce litige comporte un réel coût social. À mon avis, et compte tenu de ces facteurs, je crois que la Cour devrait, malgré le caractère théorique de ce cas, exercer son pouvoir discrétionnaire de traiter la question qui se trouve au centre de la controverse entre les parties.

[89] Étant donné que la preuve qui m'a été présentée permet d'établir que près de 40 p. 100 (238 sur 617) des Premières Nations ont tenu des élections conformément à la Loi et que la déléguée présente des éléments de preuve du nombre élevé d'appels traités par l'Unité des élections, la question exige des clarifications.

[90] En l'espèce, la demanderesse demande une déclaration selon laquelle le ministre a manqué aux principes d'équité procédurale en rejetant l'appel, une ordonnance annulant la décision ainsi qu'une ordonnance de la Cour accueillant l'appel original.

[91] La Cour ne peut substituer sa propre décision à la décision qui fait l'objet d'une révision et il serait inutile d'annuler une décision et d'exiger un nouvel examen alors qu'une élection a eu lieu en 2016. La demanderesse l'a reconnu à l'audience et a demandé que la Cour émette simplement une déclaration adéquate sur toute erreur susceptible de révision qu'elle peut trouver. Je constate que la juge Mactavish a procédé ainsi dans la décision *Hudson*, précitée, décision dans laquelle une élection en cours rendait inutile un nouvel examen de la question (aux paragraphes 111 et 112) :

Where a finding has been made that reviewable errors were made in arriving at a decision, the normal practice would be to send the matter back for a new decision to be made. However, in this case, there is little to be gained in so doing, as a new election for Chief and Council is scheduled to be held on March 22, 2007, where once again, both Chief Stevenson and Mr. Hudson are candidates for the position of Chief.

As a consequence, while I am satisfied that errors were committed in the determination of Mr. Hudson's election appeal of a magnitude that rendered Ms. Kustra's decision unreasonable, I decline to remit the matter to the respondent Indian Affairs and Northern Development Canada for further determination.

[92] In the present case, I think that all I can say is that reviewable errors were committed by the Elections Unit of INAC in dealing with the appeal in bypassing section 14 of the Regulations and failing to implement an appropriate investigation under section 13 of the Regulations when dealing with the allegations and evidence of vote-buying by Chief Baptiste.

[93] I wish to make it clear, however, that this does not mean that I think Chief Baptiste engaged in vote-buying for the 2014 election or would have been found to have done so if the Elections Unit had not committed reviewable errors. All it means is that the Elections Unit did not handle this aspect of the applicant's appeal appropriately and in accordance with the Act and the Regulations.

#### G. Costs

[94] If the parties cannot agree on costs then they may make submissions to the Court. This should be done, initially at least in writing, and the Court will decide whether oral submissions are also required on this matter.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application is allowed in part only.

Lorsque la Cour conclut que des erreurs susceptibles de contrôle ont été commises et entachant la décision en cause, la pratique habituelle consiste à renvoyer l'affaire pour nouvelle décision. Toutefois, en l'espèce, il y a peu à gagner de le faire, puisque la tenue de nouvelles élections pour les postes de chef et de conseillers est prévue pour le 22 mars 2007 et le chef Stevenson et M. Hudson y sont encore une fois tous deux candidats au poste de chef.

En conséquence, bien que je conclus que, dans l'instruction de l'appel de M. Hudson en matière électorale, ont été commises des erreurs d'une telle ampleur que la décision de M<sup>me</sup> Kustra était déraisonnable, je m'abstiens de renvoyer la question au ministère défendeur des Affaires indiennes et du Nord canadien pour nouvelle décision.

[92] En l'espèce, j'estime pouvoir simplement affirmer que l'Unité des élections d'AANC a commis des erreurs dans le traitement de l'appel en contournant l'article 14 du Règlement et en omettant de tenir une enquête appropriée en vertu de l'article 13 du Règlement au moment de se pencher sur les allégations et la preuve d'achat de votes par le chef Baptiste.

[93] Je tiens toutefois à préciser que ma décision ne signifie pas que je crois le chef Baptiste coupable d'avoir participé à l'achat de votes à l'occasion de l'élection 2014 ni qu'il aurait été déclaré coupable d'avoir participé à une telle manœuvre si l'Unité des élections n'avait pas commis d'erreurs susceptibles de révision. Ma décision signifie simplement que l'Unité des élections n'a pas traité cet aspect de l'appel de la demanderesse adéquatement ni conformément à la Loi et au Règlement.

#### G. Dépens

[94] Si les parties ne s'entendent pas sur les dépens, elles peuvent présenter des observations à la Cour. Elles devront le faire par écrit, du moins initialement, puis la Cour décidera si des observations orales sont également requises pour régler la question.

#### JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande est accueillie seulement en partie.

2. The Decision contains reviewable errors as set out in the reasons with regard to the applicant's vote-buying allegations against Chief Baptiste. However, the matter will not be returned for reconsideration because a subsequent election has taken place in 2016.
  3. The parties may make submission on costs in accordance with the reasons.
2. La décision contient des erreurs susceptibles de révision comme il est établi dans les motifs en ce qui concerne les allégations d'achat de votes déposées contre le chef Baptiste. Toutefois, la question ne sera pas renvoyée aux fins de réexamen, car une élection subséquente a eu lieu en 2016.
  3. Les parties peuvent présenter des observations concernant les dépens conformément aux motifs rendus.

T-1911-15  
2016 FC 1286

T-1911-15  
2016 CF 1286

**Carol Frances Britz** (*Applicant*)

**Carol Frances Britz** (*demanderesse*)

v.

c.

**Canada (Attorney General)** (*Respondent*)

**Canada (Procureur général)** (*défendeur*)

**INDEXED AS: BRITZ v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : BRITZ c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Brown J.—Calgary, September 7; Ottawa, November 22, 2016.

Cour fédérale, juge Brown—Calgary, 7 septembre; Ottawa, 22 novembre 2016.

*Transportation — Security clearance — Judicial review of Director General of Aviation Security decision made on behalf of Minister of Transport (Minister) and acting on advice from Transportation Security Clearance Advisory Body (Advisory Body), cancelling applicant's security clearance pursuant to Transportation Security Clearance Program Policy (Policy), s. I.4(4), Aeronautics Act, s. 4.8, Canadian Aviation Security Regulations, 2012 — Applicant, flight attendant, applying to renew security clearance — Report noting that applicant's husband associated with Hells Angels — Applicant explaining, inter alia, that husband service manager for motorcycle business whose customers include RCMP officers, members of Hells Angels — Advisory Body recommending cancellation of applicant's security clearance on belief applicant may be prone or induced to commit act or assist or abet any person to commit act interfering unlawfully with civil aviation — In cancelling applicant's security clearance, Minister largely adopting Advisory Body's recommendation — Whether Minister's decision revoking applicant's security clearance reasonable — Minister's decision unreasonable, set aside — Three different findings possible according to Policy — Individual may be found to be an individual who may be prone, who may be induced, or who both may be prone and induced to commit or assist or abet an unlawful act — Words "prone", "induced" having different meaning — Whether applicant "may be prone" asking whether applicant having inclination to, or is likely or inclined to commit unlawful acts Policy aiming to prevent — Whether one may be "induced" to commit unlawful acts involving assessment of additional factors — Decision applicant "may be prone" not defensible — No evidence of any inclination or weakness or susceptibility or likelihood on applicant's part to commit, assist or abet unlawful activity — Minister acting reasonably may not find disjunctively that applicant may either be prone to or induced to commit unlawful activities — Here, Minister not deciding one way or the other — Failing in duty to decide in accordance with law — No reasons for equivocal finding provided — Thus not possible to ascertain which of three alternative findings forming basis of Minister's decision — Minister not*

*Transports — Habilitation de sécurité — Contrôle judiciaire de la décision de la directrice générale de la sûreté aérienne au nom du ministre des Transports (le ministre) et sur avis de l'Organisme consultatif d'examen d'habilitation de sécurité en matière de transport (l'Organisme consultatif), dans laquelle l'habilitation de sécurité de la demanderesse a été annulée conformément à l'art. I.4(4) de la politique sur le Programme d'habilitation de sécurité en matière de transport, à l'art. 4.8 de la Loi sur l'aéronautique, et au Règlement canadien de 2012 sur la sûreté aérienne — La demanderesse, une agente de bord, a présenté une demande de renouvellement de son habilitation de sécurité — Un rapport soulignait que le mari de la demanderesse fréquentait les Hells Angels — La demanderesse a expliqué, entre autres, que son mari est directeur du service d'entretien et de réparation dans une entreprise de motocyclettes dont la clientèle comprend des agents de la GRC et des membres des Hells Angels — L'Organisme consultatif a recommandé l'annulation de l'habilitation de sécurité de la demanderesse au motif que la demanderesse pouvait être sujette ou incitée à commettre un acte d'intervention illicite pour l'aviation civile — Lorsque le ministre a annulé l'habilitation de sécurité en matière de transport de la demanderesse, les motifs de sa décision reposaient dans une large mesure sur la recommandation de l'Organisme consultatif — Il s'agissait de savoir si la décision du ministre de révoquer l'habilitation de sécurité de la demanderesse était raisonnable — La décision du ministre a été annulée parce qu'elle n'était pas raisonnable — La politique décrit trois conclusions différentes possibles — L'individu peut être sujet, susceptible d'être incité ou peut être sujet et susceptible d'être incité à la fois à commettre un acte illicite, ou à aider ou à encourager une personne à commettre un acte illicite — Les expressions « être sujet à » et « être incité à » n'ont pas la même signification — La question de savoir si la demanderesse « peut être sujette » à se livrer à de telles activités consiste à se demander si la demanderesse a tendance à commettre ou est susceptible de commettre les actes illicites que la politique vise à empêcher — Pour établir si une personne peut être incitée à commettre des actes illicites, il faut évaluer d'autres facteurs — La*

*appreciating, duly considering applicant's submissions — Core duty of Minister, as administrative decision maker, to hear, consider both applicant's case, Advisory Body's case — Omission of applicant's submissions in reasons giving rise to transparency, intelligibility, procedural fairness concerns — Minister's reasons one-sided, not addressing critical relationships advanced by applicant — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a decision of the Director General of Aviation Security made on behalf of the Minister of Transport (Minister) and acting on the advice of the Transportation Security Clearance Advisory Body (Advisory Body), cancelling the applicant's security clearance pursuant to paragraph I.4(4) of the Transportation Security Clearance Program Policy (Policy), section 4.8 of the *Aeronautics Act* and the *Canadian Aviation Security Regulations, 2012*.

The applicant, a flight attendant working with Air Canada, was initially granted a security clearance in 2004. In 2014, she applied to renew her security clearance. A Law Enforcement Record Check report noted that the applicant interacted on a daily basis with a person, her husband, who associates with the Hells Angels. In response to a Transport Canada Security Screening Programs procedural fairness letter, the applicant explained, *inter alia*, that her husband is a service manager for a motorcycle business whose customers are varied and include doctors, lawyers, RCMP officers and members of the Hells Angels. The Advisory Body recommended cancelling the applicant's transportation security clearance based on her close association to an individual (her husband) who associates with the Hells Angels on the belief that the applicant may be prone or induced to commit an act or assist or abet any person to commit an act that may

*conclusion selon laquelle la demanderesse « peut être sujette » à commettre de tels actes n'était pas étayée par les faits — Il n'y avait aucune preuve de faiblesse de la part de la demanderesse ou d'inclinaison ou de propension à se livrer à une activité illégale visée par la politique, ou encore, à aider ou à encourager une personne à se livrer à une telle activité — Le ministre ne peut pas raisonnablement conclure de façon disjonctive, comme il l'a fait en l'espèce, que la demanderesse peut être sujette ou incitée à se livrer à des activités illicites — Le ministre n'a pas tranché entre « être sujette à » et « être incitée à » — Le ministre a manqué à son devoir de se prononcer conformément à la loi — Il n'a fourni aucun motif pour justifier cette conclusion équivoque — Ni la demanderesse ni la Cour ne sont en mesure de déterminer laquelle des trois conclusions subsidiaires a servi de fondement à la décision du ministre — Le ministre n'a pas évalué et dûment pris en considération les observations de la demanderesse pour parvenir à une conclusion en l'espèce — Le ministre, en tant que décideur administratif, doit entendre et examiner à la fois le dossier de la demanderesse et celui de l'Organisme consultatif — L'omission des arguments de la demanderesse dans les motifs du ministre donne lieu à des questions de transparence et d'intelligibilité et soulève des préoccupations quant à l'équité procédurale — Les motifs du ministre sont indûment unilatéraux et ils ne permettent pas de cerner ou d'aborder la relation essentielle que la demanderesse a avancée — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision de la directrice générale de la sûreté aérienne au nom du ministre des Transports (le ministre) et sur avis de l'Organisme consultatif d'examen d'habilitation de sécurité en matière de transport (l'Organisme consultatif), dans laquelle l'habilitation de sécurité de la demanderesse a été annulée conformément au paragraphe I.4(4) de la politique sur le Programme d'habilitation de sécurité en matière de transport (la politique), à l'article 4.8 de la *Loi sur l'aéronautique*, et au *Règlement canadien de 2012 sur la sûreté aérienne*.

La demanderesse, une agente de bord qui travaille pour Air Canada, s'était initialement vu accorder une habilitation de sécurité en 2004. En 2014, la demanderesse a présenté une demande de renouvellement de son habilitation de sécurité. Un rapport de vérification des antécédents criminels soulignait que la demanderesse interagissait quotidiennement avec une personne, son mari, lequel fréquente les Hells Angels. En réponse à une lettre relative à l'équité procédurale des programmes de filtrage de sécurité de Transports Canada, la demanderesse a expliqué, entre autres, que son mari est directeur du service d'entretien et de réparation d'une entreprise de motocyclettes dont la clientèle est variée et comprend des médecins, des avocats, des agents de la GRC et des membres des Hells Angels. L'Organisme consultatif a recommandé l'annulation de l'habilitation de sécurité en matière de transport de la demanderesse compte tenu de son lien très étroit

unlawfully interfere with civil aviation. The Minister (through his delegate) rendered a decision cancelling the applicant's security clearance. That decision largely adopted the Advisory Body's Summary of Discussion and Recommendation.

The main issue was whether the Minister's decision to revoke the applicant's security clearance was reasonable.

*Held*, the application should be allowed.

The Director General's decision was unreasonable and was set aside. According to the Policy, an individual may be found to be an individual *who may be prone, who may be induced*, or who both *may be prone and induced* to commit or assist or abet an unlawful act. These three alternative findings are separate. The words "prone" and "induced" do not have the same meaning. An individual's personal inclinations, their likely conduct and individual characteristics are the primary focus in considering the issue of whether one is prone to commit unlawful acts. However, determining whether one may be *induced* to commit unlawful acts involves an assessment of additional factors. Whether one may be induced will generally involve consideration of a third party (i.e. the impact of a third party on the individual). The proper analysis of whether the applicant "may be prone" asks whether the applicant has an inclination to, or is likely or inclined to commit the unlawful acts the Policy aims to prevent.

The Minister's finding that the applicant "may be prone" was not defensible in terms of the facts because there was no evidence of any inclination or weakness or susceptibility or likelihood on the applicant's part to commit, assist or abet the unlawful activity aimed at by the Policy.

The Minister acting reasonably may not find disjunctively that the applicant may *either* be prone to *or* induced to commit unlawful activities without actually deciding the basis for his decision to cancel. Here, the Minister did not decide one way or the other. In failing to decide on one of the three possible bases for cancellation allowed by the Policy in this respect, the Minister failed his duty to decide in accordance with law. No reasons for this equivocal finding were provided. Such a finding did not allow one to ascertain which of the

avec un individu (son mari) qui fréquente les Hells Angels au motif que la demanderesse pouvait être amenée ou incitée à commettre un acte, ou à aider ou à encourager une personne à commettre un acte qui pourrait illégalement interférer avec l'aviation civile. Le ministre (par l'entremise de son délégué) a rendu une décision annulant l'habilitation de sécurité en matière de transport de la demanderesse. Les motifs de la décision reposaient dans une large mesure, sur le résumé de la discussion et la recommandation de l'Organisme consultatif.

Il s'agissait principalement de savoir si la décision du ministre de révoquer l'habilitation de sécurité de la demanderesse était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

La décision de la directrice générale n'était pas raisonnable et elle a été annulée. Conformément à la politique, un individu *peut être sujet, est susceptible d'être incité, ou peut être sujet et susceptible d'être incité* à la fois à commettre un acte illicite, ou à aider ou à encourager une personne à commettre un acte illicite. Ces trois conclusions subsidiaires sont distinctes. Les expressions « être sujet à » et « être incité à » n'ont pas la même signification. Les préférences personnelles d'une personne, son comportement probable et ses caractéristiques individuelles sont les principaux éléments qui permettent d'analyser de façon appropriée la question de savoir si cette personne est sujette à commettre des actes illicites. Cependant, pour établir si une personne peut être *incitée* à commettre des actes illicites, il faut évaluer d'autres facteurs. La question de savoir si une personne peut être incitée à faire quelque chose implique généralement la prise en considération d'un tiers, c'est-à-dire l'influence d'un tiers sur cette personne. L'analyse appropriée de la question de savoir si la demanderesse « peut être sujette » à se livrer à de telles activités consiste à se demander si la demanderesse a tendance à commettre ou est susceptible de commettre les actes illicites que la politique vise à empêcher.

La conclusion du ministre selon laquelle la demanderesse « peut être sujette » à commettre de tels actes n'était pas étayée par les faits, car il n'y avait aucune preuve de faiblesse de sa part ou d'inclinaison ou de propension à se livrer à une activité illégale visée par la politique, ou encore, à aider ou à encourager une personne à se livrer à une telle activité.

Ce que le ministre ne peut pas raisonnablement faire est de conclure de façon disjonctive, comme il l'a fait en l'espèce, que la demanderesse peut être sujette *ou* incitée à se livrer à des activités illicites sans établir le fondement de sa décision d'annuler l'habilitation de sécurité. En l'espèce, le ministre n'a pas tranché entre « être sujette à » et « être incitée à ». En omettant de se prononcer sur l'une des trois possibilités d'annulation permises par la politique à cet égard, le ministre a manqué à son devoir de se prononcer conformément à la loi.

three alternative findings formed the basis of the Minister's decision to cancel the applicant's security clearance, and thus made it impossible to determine what was being reviewed on judicial review.

The Minister did not appreciate and duly consider the applicant's submissions. The material parts of the Director General's decision are taken almost word for word from the Summary of Discussion and Recommendation of the Advisory Body. While the Minister may adopt the finding of this specialized body, the Minister must hear and consider both the applicant's case and the Advisory Body's case. It is a core duty of administrative decision makers to hear both sides. The omission of the applicant's submissions in the Minister's reasons gave rise to both transparency and intelligibility issues and implicated procedural fairness concerns. The Minister's reasons were impermissibly one-sided and failed to identify or address the critical relationship advanced by the applicant, i.e. that her husband's employer also services Harley Davidson motorcycles belonging to the RCMP and the Alberta Sheriff's Department. The only reasonable basis on which the Minister might have made a decision to cancel on the facts of this case would be if the Minister had concluded that the husband's dealing with the Hells Angels put the applicant's employment in such jeopardy that the applicant fell into the "may be ... induced" category. This option could only arise if a disjunctive "either/or" finding is reasonably permitted, which it was not.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2, s. 4.8.

*Canadian Aviation Security Regulations, 2012*, SOR/2011-318.

*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].

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Saporsantos Leobrera v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 587, [2011] 4 F.C.R. 290; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v.*

Il n'a fourni aucun motif pour justifier cette conclusion équivoque. Cette conclusion ne permettait pas de déterminer laquelle des trois conclusions subsidiaires a servi de fondement à la décision du ministre d'annuler l'habilitation de sécurité de la demanderesse, et par conséquent, a rendu impossible le fait de déterminer ce qui faisait l'objet d'un contrôle judiciaire.

Le ministre n'a pas évalué et dûment pris en considération les observations de la demanderesse. Les éléments importants de la décision sont tirés presque mot pour mot du résumé de la discussion et de la recommandation de l'Organisme consultatif. Bien que le ministre puisse adopter les conclusions de cet organisme spécialisé, il doit entendre et examiner à la fois le dossier de la demanderesse et celui de l'Organisme consultatif. Les décideurs administratifs ont l'obligation essentielle d'entendre les deux parties. Cette omission presque totale des arguments de la demanderesse dans les motifs du ministre ont donné lieu à des questions de transparence et d'intelligibilité et ont soulevé des préoccupations quant à l'équité procédurale. Les motifs du ministre étaient indûment unilatéraux et ils ne permettaient pas de cerner ou d'aborder la relation essentielle que la demanderesse a avancée, c'est-à-dire que l'employeur de son mari assurait également l'entretien des motocyclettes Harley Davidson de la GRC et du Service des shérifs de l'Alberta. Ce n'est que dans le cas où le ministre aurait conclu que les affaires du mari de la demanderesse avec les Hells Angels constituaient une telle menace pour l'emploi de la demanderesse que cette dernière se serait retrouvée dans la catégorie « peut être incitée à » que la décision d'annuler l'habilitation compte tenu des faits en l'espèce aurait été raisonnablement étayée. Cette option ne pouvait se produire que si une conclusion dichotomique et disjonctive est raisonnablement permise, ce qui n'était pas le cas.

#### 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].

*Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2, art. 4.8.

*Règlement canadien de 2012 sur la sûreté aérienne*, DORS/2011-318.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Saporsantos Leobrera c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 587, [2011] 4 R.C.F. 290; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-*

*Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Ho v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 865.

## DISTINGUISHED:

*Sargeant v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 893.

## CONSIDERED:

*Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 FCA 22, 428 F.T.R. 297; *Brosnan v. Bank of Montreal*, 2015 FC 925, 483 F.T.R. 311; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405; *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458.

## REFERRED TO:

*Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 395 D.L.R. (4th) 176, leave to appeal to S.C.C. refused, [2016] 2 S.C.R. viii; *Clue v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 323; *Mitchell v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 241; *Lavoie v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 435; *Fontaine v. Canada (Transport)*, 2007 FC 1160, 73 Admin. L.R. (4th) 1; *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1081, 468 F.T.R. 1; *Yee Tam v. Canada (Transport)*, 2016 FC 105; *Doan v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 138; *O'Grady v. Bell Canada*, 2015 FC 1135; *Neale v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 655; *Reference re Marine Transportation Security Regulations*, 2009 FCA 234, 202 C.R.R. (2d) 156.

## AUTHORS CITED

*Collins Dictionary*, 2016, “induce”, “prone”, online: <<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/>>.  
*Merriam – Webster Online Dictionary*, 2015, “induce”, “prone”, online: <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/prone>>.  
*Oxford Dictionaries*, 2016, “induce”, “prone”, online: <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/prone>>.  
 Transportation Security Clearance Program Policy, online: <<http://www.tc.gc.ca/eng/aviationsecurity/tscp-113.htm>>.

APPLICATION for judicial review of a decision of the Director General of Aviation Security, made on behalf of the Minister of Transport and acting on the advice of the Transportation Security Clearance Advisory Body, cancelling the applicant’s security clearance. Application allowed.

*Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Ho c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 865.

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Sargeant c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 893.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Association des universités et collèges du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22; *Brosnan c. Banque de Montréal*, 2015 CF 925; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405; *Syndicat canadien des communications, de l’énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [2016] 2 R.C.S. viii; *Clue c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 323; *Mitchell c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 241; *Lavoie c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 435; *Fontaine c. Canada (Transports)*, 2007 CF 1160; *Brown c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1081; *Yee Tam c. Canada (Transports)*, 2016 CF 105; *Doan c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 138; *O’Grady c. Bell Canada*, 2015 CF 1135; *Neale c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 655; *Renvoi relatif au Règlement sur la sûreté du transport maritime*, 2009 CAF 234.

## DOCTRINE CITÉE

*Collins Dictionary*, 2016, « induce », « prone », en ligne : <<https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/>>.  
*Merriam – Webster Online Dictionary*, 2015, « induce », « prone », en ligne : <<https://www.merriam-webster.com/dictionary/prone>>.  
*Oxford Dictionaries*, 2016, « induce », « prone », en ligne : <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/prone>>.  
 Programme d’habilitation de sécurité en matière de transport, en ligne : <<http://www.tc.gc.ca/fra/sureteaerienne/phst-113.htm>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision de la directrice générale de la sûreté aérienne au nom du ministre des Transports et sur avis de l’Organisme consultatif d’examen d’habilitation de sécurité en matière de transport, dans laquelle l’habilitation de sécurité de la demanderesse a été annulée. Demande accueillie.

## APPEARANCES

*Adam Benarzi* for applicant.  
*James Elford* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Horne Wytrychowski*, Airdrie, Alberta, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

BROWN J.:

I. Nature of the Matter

[1] This is an application for judicial review by Carol Frances Britz (the applicant) under section II.45 of the Transportation Security Clearance Program Policy (the Policy), challenging a decision of the Director General of Aviation Security (Director General), made on October 13, 2015, on behalf of the Minister of Transport (the Minister) and acting on the advice of the Transportation Security Clearance Advisory Body (Advisory Body), in which the applicant's security clearance was cancelled (the Decision), pursuant to paragraph I.4(4) of the Policy, section 4.8 of the *Aeronautics Act*, R.S.C., 1985, c. A-2 (the Act) and the *Canadian Aviation Security Regulations, 2012*, SOR/2011-318 (the Regulations).

[2] Judicial review is granted and redetermination ordered. The decision is unreasonable because it is not justified on either the facts or the law as it must be to comply with governing jurisprudence. The Minister made an unreasonable "either/or" decision, which is unintelligible in that it does not permit the applicant or this reviewing Court to determine the basis for the cancellation of the applicant's security clearance. Even if the Minister's decision was not based on this unreasonable "either/or" finding, it is still unreasonable because there is no basis in the evidence to justify a finding the applicant may be prone to commit the relevant unlawful acts. In addition, the Court is not satisfied

## ONT COMPARU

*Adam Benarzi* pour la demanderesse.  
*James Elford* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Horne Wytrychowski*, Airdrie, Alberta, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

LE JUGE BROWN :

I. Nature de l'affaire

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée par Carol Frances Britz (la demanderesse) en vertu de l'article II.45 de la politique sur le Programme d'habilitation de sécurité en matière de transport (la politique), contestant une décision de la directrice générale de la sûreté aérienne (directrice générale), en date du 13 octobre 2015, au nom du ministre des Transports (le ministre) et sur avis de l'Organisme consultatif d'examen d'habilitation de sécurité en matière de transport (l'Organisme consultatif), dans laquelle l'habilitation de sécurité de la demanderesse a été annulée (la décision), conformément au paragraphe I.4(4) de la politique, à l'article 4.8 de la *Loi sur l'aéronautique*, L.R.C. (1985), ch. A-2 (la Loi), et au *Règlement canadien de 2012 sur la sûreté aérienne*, DORS/2011-318 (le Règlement).

[2] Le contrôle judiciaire est accueilli et un nouvel examen est ordonné. La décision est déraisonnable parce qu'elle n'est justifiée ni au regard des faits ni au regard de la loi. En effet, elle doit être conforme à la jurisprudence applicable. Le ministre a rendu une décision dichotomique déraisonnable, ce qui est inintelligible dans la mesure où elle ne permet pas à la demanderesse ou à la cour de révision de déterminer le fondement de l'annulation de l'habilitation de sécurité de la demanderesse. Même si la décision du ministre ne reposait pas sur cette conclusion dichotomique déraisonnable, elle serait encore déraisonnable parce que rien dans la preuve ne permet de justifier une conclusion selon laquelle la

that the applicant's submissions were considered by the Minister.

## II. Facts

[3] The applicant is a 49-year-old flight attendant working with Air Canada at the Calgary International Airport. She was initially granted a security clearance in 2004, which was valid until September 12, 2018. It required renewal every five years. She does not have any criminal convictions. She had a spotless record with Air Canada.

[4] On September 4, 2014, the applicant applied to renew her security clearance.

[5] On February 5, 2015, a Law Enforcement Record Check (LERC) report was prepared by the Royal Canadian Mounted Police (RCMP). This report was sent to the Director of Security Screening Programs. The report noted that the applicant had no criminal convictions. The report also noted that the applicant interacted on a daily basis with an associate, referred to by the RCMP only as "Subject A", who associates with the Hells Angels in Calgary.

[6] Both parties agree "Subject A" is the applicant's husband, Gerald MacMullin (husband or MacMullin).

[7] The applicant has lived with her husband since 1989; they were married in May 2011.

[8] The RCMP's LERC report stated:

1. The Applicant has no known criminal convictions; however she interacts on a daily basis with a very close associate whom [*sic*] associates with members of the Hells Angels of Calgary, Alberta.

demanderesse pourrait être sujette à commettre les actes illicites en question. De plus, la Cour ne peut conclure que les observations de la demanderesse ont été examinées par le ministre.

## II. Faits

[3] La demanderesse est une agente de bord de 49 ans qui travaille pour Air Canada à l'aéroport international de Calgary. Elle s'était initialement vu accorder une habilitation de sécurité en 2004, laquelle était valide jusqu'au 12 septembre 2018. L'habilitation devait être renouvelée tous les cinq ans. Elle n'a fait l'objet d'aucune condamnation au criminel. Ses états de service au sein d'Air Canada étaient irréprochables.

[4] Le 4 septembre 2014, la demanderesse a présenté une demande de renouvellement de son habilitation de sécurité.

[5] Le 5 février 2015, la Gendarmerie royale du Canada (GRC) a préparé un rapport de vérification des antécédents criminels (VAC). Ce rapport a été envoyé au directeur des Programmes de filtrage de sécurité. Le rapport faisait remarquer que la demanderesse n'avait fait l'objet d'aucune condamnation au criminel. Le rapport soulignait aussi que la demanderesse interagissait quotidiennement avec un associé, uniquement désigné par la GRC comme étant le « sujet A », lequel fréquente les Hells Angels à Calgary.

[6] Les deux parties conviennent que le « sujet A » est le mari de la demanderesse, Gerald MacMullin (le mari ou M. MacMullin).

[7] La demanderesse vit avec son mari depuis 1989; ils se sont mariés en mai 2011.

[8] Le rapport de VAC de la GRC indiquait ce qui suit :

[TRANSLATION]

1. La demanderesse ne fait l'objet d'aucune condamnation connue; toutefois, elle interagit quotidiennement avec un associé très proche qui fréquente des membres des Hells Angels de Calgary, en Alberta.

- a. The Hells Angels is identified as a one percent outlaw motorcycle gang. “One percenters” are considered to be any group of motorcycle enthusiasts who voluntarily made a commitment to band together and to abide by their organization’s rules which are enforced by violence, who engage in activities that bring them and their club into repeated and serious conflict with society and the law.

2. [The Applicant’s Husband]

- a. Is a very close associate of the Applicant with whom she interacts on a daily basis.
- b. Between 2009 and 2012:
- i. a vehicle registered to [Husband] was observed by the RCMP at the funeral of a Hell’s [*sic*] Angels “Hangaround” (individuals associating closely with the Hell’s [*sic*] Angels).
  - ii. a vehicle registered to [Husband] was observed by the RCMP at the Hell’s [*sic*] Angels Southland clubhouse in Calgary, Alberta during the 1st anniversary festivities of the Southland Chapter.
  - iii. [Husband] was observed by the RCMP driving to and entering the residence of a well-known cocaine and firearm trafficker.
  - iv. [Husband] was observed by the RCMP getting into a vehicle with a well-known cocaine and firearm trafficker.
  - v. [Husband] was observed by the RCMP leaving a location with a member of the Hell’s [*sic*] Angels.
  - vi. a member of the RCMP observed a “Nomads’ support” hat and a memorial picture of a deceased Hell’s Angel [*sic*] member hanging in [Husband’s] garage.
  - vii. a vehicle registered to [Husband] was observed by the RCMP amongst other vehicles owned by members of several motorcycle gangs including Hell’s [*sic*] Angels at a gathering at a local bar in Calgary, Alberta.

- a. Les Hells Angels se définissent comme étant une bande de motards criminalisés représentant le « un pour cent ». Par « un pour cent », on entend tout groupe d’amateurs de moto qui décident volontairement de s’associer et d’exister selon les règles de l’organisation, qui sont mises en force par la violence, qui s’engagent dans des activités, qui les amènent, eux et leur club, dans des conflits répétés et sérieux avec la société et la loi.

2. [Le mari de la demanderesse]

- a. Il s’agit d’un associé très proche de la demanderesse avec lequel elle interagit quotidiennement.
- b. Entre 2009 et 2012 :
- i. La GRC a remarqué la présence d’un véhicule immatriculé au nom [du mari] lors des funérailles d’un « aspirant » (personne étroitement associée aux Hell’s [*sic*] Angels) des Hell’s [*sic*] Angels.
  - ii. La GRC a remarqué la présence d’un véhicule immatriculé au nom [du mari] au repère de la section Southland des Hell’s [*sic*] Angels à Calgary, en Alberta, lors des festivités marquant le premier anniversaire de la section Southland.
  - iii. La GRC a vu [le mari] se rendre en voiture à la résidence d’un trafiquant notoire de cocaïne et d’armes à feu et entrer dans celle-ci.
  - iv. La GRC a vu [le mari] monter dans un véhicule avec un trafiquant notoire de cocaïne et d’armes à feu.
  - v. La GRC a vu [le mari] quitter un endroit en compagnie d’un membre des Hell’s [*sic*] Angels.
  - vi. Un membre de la GRC a remarqué la présence d’une casquette portant la mention « Nomads’ support » et d’un portrait commémoratif d’un membre décédé des Hell’s Angel [*sic*] dans le garage [du mari].
  - vii. La GRC a remarqué la présence d’un véhicule immatriculé au nom [du mari] au milieu d’autres véhicules appartenant à des membres de plusieurs bandes de motards, y compris les Hell’s [*sic*] Angels, lors d’un rassemblement dans un bar local à Calgary, en Alberta.

viii. [Husband] was observed by the RCMP wearing “81 Nomads Support” gear in Red Deer, Alberta.

- Note: Since July 1997, a Hells Angels Nomads chapter exists within the Province of Alberta. Members of Nomads Chapters are generally older and seasoned members and they are not bound by any geographic borders. They can travel and do business anywhere, whereas a member of one chapter entering another’s must report in and abide by their wishes.

[9] On February 17, 2015, Transport Canada Security Screening Programs sent the applicant a procedural fairness letter (PFL) advising that her security clearance would be reviewed by the Advisory Body. The PFL repeated the contents of the LERC report (the contents of which can be found above at paragraph 8 of these reasons).

[10] The PFL encouraged the applicant to provide “additional information, outlining the circumstances surrounding the above noted association, as well as to provide any other relevant information or explanation, including any extenuating circumstances”. It also provided the name and number of a contact person with whom the applicant could speak should she wish to discuss the matter further.

[11] In bold typeface, the PFL stated:

**Please consult the *Transportation Security Clearance Program Policy* which is available on our website at <http://www.tc.gc.ca/eng/aviationsecurity/tscp-menu.htm>. [Emphasis in original.]**

[12] The PFL also stated:

The various grounds, on which the Advisory Body may make a recommendation, can be found in section 1.4 of the Policy.

viii. La GRC a vu [le mari] en train de porter des vêtements avec la mention « 81 Nomads Support » à Red Deer, en Alberta.

- Remarque : Depuis juillet 1997, il y a une section Nomads des Hells Angels dans la province de l’Alberta. Les membres de la section Nomads sont généralement des membres plus âgés et plus expérimentés qui ne connaissent aucune frontière géographique. Ils peuvent voyager et faire des affaires n’importe où, alors qu’un membre d’une section entrant dans une autre section doit signaler sa présence et respecter les souhaits de cette dernière section.

[9] Le 17 février 2015, les programmes de filtrage de sécurité de Transports Canada ont envoyé à la demanderesse une lettre relative à l’équité procédurale pour l’informer que son habilitation de sécurité serait examinée par l’Organisme consultatif. La lettre relative à l’équité procédurale reprenait le contenu du rapport de VAC (dont le contenu figure ci-dessus au paragraphe 8 des présents motifs).

[10] La lettre relative à l’équité procédurale encourageait la demanderesse [TRADUCTION] « à communiquer toute information supplémentaire décrivant les circonstances entourant l’association susmentionnée, ainsi que toute autre information ou explication pertinente, y compris les circonstances atténuantes ». La lettre donnait également le nom et le numéro d’une personne-ressource avec laquelle la demanderesse pouvait s’entretenir si elle souhaitait discuter plus en détail de cette question.

[11] La lettre relative à l’équité procédurale mentionnait ce qui suit en caractères gras :

[TRADUCTION] **Veillez consulter la *politique sur le Programme d’habilitation de sécurité en matière de transport* qui se trouve sur notre site Web à l’adresse <http://www.tc.gc.ca/fra/sureteaerienne/phst-menu.htm>. [Italiques dans l’original.]**

[12] La lettre relative à l’équité procédurale mentionne également ce qui suit :

[TRADUCTION] Les divers motifs sur lesquels l’Organisme consultatif peut s’appuyer pour formuler une recommandation figurent à l’article 1.4 de la politique.

[13] On March 10, 2015, the applicant sent a response letter to the PFL through her counsel (response letter). In her response letter, she explained the following:

Mr. MacMullin is not now, nor has he ever been, a member or associate of the Hells Angels. He is a service manager for Gasoline Alley Harley Davidson (“GAHD”), a motorcycle business, which has been in operation for over 25 years. GAHD has been rated the number one Harley Davidson dealership in Canada with Mr. MacMullin being the number one service manager in Canada.

Mr. MacMullin’s customers are varied and include doctors, lawyers, RCMP officers and members of the Hells Angels. The extent of his relationship with the Hells Angels is that of agent for GAHD. It is trite to say that the Hells Angels are renowned motorcycle enthusiasts and it’s clear that Mr. MacMullin, as agent for GAHD, would be in close proximity to Hells Angels members.

That being said, Mrs. Britz and Mr. MacMullin intend to cooperate fully with your inquiry and can provide the following answers to your specific concerns:

1. A vehicle registered to Subject “A” was observed by the RCMP at the funeral of Hells Angels “Hangaround” (individual associating closely with the Hells Angels).

Mr. MacMullin is often invited to the funerals of long-term customers. On one or more occasions, a long-term customer who was a member of the Hells Angels passed away. On those occasions, Mr. MacMullin was invited to that customer’s funerals [*sic*] attended the same to offer his condolences to the friends and family of the deceased.

2. A vehicle registered to Subject “A” was observed by the RCMP at the Hells Angels Southland clubhouse in Calgary, Alberta during the 1<sup>st</sup> anniversary festivities of the Southland Chapter.

GAHD often lends out equipment such as barbecues to customers for social events. If Mr. MacMullin was at a Hells Angels clubhouse, it was for the sole purpose of providing GAHD services to customers for a social event.

[13] Le 10 mars 2015, la demanderesse a envoyé une lettre en réponse (lettre de réponse) à la lettre relative à l’équité procédurale par l’entremise de son avocat. Sa lettre de réponse fournissait les explications suivantes :

[TRADUCTION] M. MacMullin n’est pas, et il n’a jamais été, un membre ou un associé des Hells Angels. Il est directeur du service d’entretien et de réparation à Gasoline Alley Harley Davidson (« GAHD »), une entreprise de motocyclettes en exploitation depuis plus de 25 ans. GAHD a été classée au premier rang des concessionnaires Harley Davidson au Canada, et M. MacMullin est le directeur du service d’entretien et de réparation numéro un au Canada.

La clientèle de M. MacMullin est variée et comprend des médecins, des avocats, des agents de la GRC et des membres des Hells Angels. L’étendue de sa relation avec les Hells Angels se limite à celle d’agent de l’entreprise GAHD. Il va sans dire que les Hells Angels sont des amateurs de moto renommés et il est clair que M. MacMullin, en tant qu’agent au service de l’entreprise GAHD, serait en contact étroit avec des membres des Hells Angels.

Cela dit, M<sup>me</sup> Britz et M. MacMullin ont l’intention d’offrir leur entière collaboration en ce qui concerne votre demande de renseignements et ils peuvent répondre à vos préoccupations comme suit :

1. La GRC a remarqué la présence d’un véhicule immatriculé au nom du sujet « A » lors des funérailles d’un « aspirant » (personne étroitement associée aux Hells Angels) des Hells Angels.

M. MacMullin est souvent invité aux funérailles de clients de longue date. À une ou plusieurs occasions, un client de longue date qui appartenait aux Hells Angels est décédé. M. MacMullin a alors été invité aux funérailles de ce client et il s’y est rendu pour offrir ses condoléances aux amis et à la famille du défunt.

2. La GRC a remarqué la présence d’un véhicule immatriculé au nom du sujet « A » au repère de la section Southland des Hells Angels à Calgary, en Alberta, lors des festivités marquant le premier anniversaire de la section Southland.

L’entreprise GAHD prête souvent de l’équipement, notamment des barbecues, à des clients dans le cadre d’activités sociales. Si M. MacMullin se trouvait dans un repère des Hells Angels, c’était uniquement pour offrir les services de l’entreprise GAHD à des clients dans le contexte d’une activité sociale.

3. Subject “A” was observed by the RCMP driving to and entering the residence of a well-known cocaine and firearm trafficker.

Mr. MacMullin is unaware of which of his customers is the aforesaid cocaine and firearm trafficker. As an agent of GAHD, Mr. MacMullin visits many homes without the ability to know whether the home owner is engaged in criminal activities.

4. Subject “A” was observed getting into a vehicle with a well-known cocaine and firearm trafficker.

As above, Mr. MacMullin is unaware of which of his customer [*sic*] is the cocaine and firearm trafficker referred to. Mr. MacMullin has interacted with many of his customers in their vehicles without the ability to know whether said customers are engaged in criminal activities.

5. Subject “A” was observed by the RCMP leaving a location with a member of the Hells Angels.

As Hells Angels members are customers of GAHD, it’s clear that, on occasion, Mr. MacMullin will be leaving locations with them.

6. A member of the RCMP observed a “Nomads’ support” hat and a memorial picture of a deceased Hells Angels member hanging in Subject “A’s” garage.

Mr. MacMullin has many memorial pictures in his garage of customers, family, staff members, and friends. The “Nomads’ support” hat was given to Mr. MacMullin as a gift from his customer.

7. A vehicle registered to Subject “A” was observed by the RCMP amongst other vehicles owned by members of several motorcycle gangs including Hells Angels at a gathering at a local bar in Calgary, Alberta.

Mr. MacMullin advises that when a Hells Angels customer of his dies, wakes are often held at bars. In those instances, Mr. MacMullin will make appearance at the wake to offer his condolences to family and friends of the deceased.

3. La GRC a vu le sujet « A » se rendre en voiture à la résidence d’un trafiquant notoire de cocaïne et d’armes à feu et entrer dans celle-ci.

M. MacMullin ignore lequel de ses clients est le trafiquant de cocaïne et d’armes à feu susmentionné. En tant qu’agent de l’entreprise GAHD, M. MacMullin se rend dans de nombreuses maisons et il lui est impossible de savoir si leur propriétaire se livre à des activités criminelles.

4. Le sujet « A » a été aperçu alors qu’il entrait dans un véhicule avec un trafiquant notoire de cocaïne et d’armes à feu.

Comme il a été dit précédemment, M. MacMullin ignore lequel de ses clients est le trafiquant de cocaïne et d’armes à feu en question. M. MacMullin interagit avec bon nombre de ses clients dans leurs véhicules et il lui est impossible de savoir si ces clients se livrent à des activités criminelles.

5. La GRC a vu le sujet « A » quitter un endroit en compagnie d’un membre des Hells Angels.

Étant donné que l’entreprise GAHD compte des membres des Hells Angels parmi ses clients, il est évident que, à l’occasion, M. MacMullin quittera les lieux en leur compagnie.

6. Un membre de la GRC a remarqué la présence d’une casquette portant la mention « Nomads’ support » et d’un portrait commémoratif d’un membre décédé des Hells Angel dans le garage du sujet « A ».

Dans son garage, M. MacMullin a de nombreux portraits commémoratifs de clients, de membres de sa famille, de membres du personnel et d’amis. La casquette portant la mention « Nomads’ support » est un cadeau qu’un client a fait à M. MacMullin.

7. La GRC a remarqué la présence d’un véhicule immatriculé au nom du sujet « A » au milieu d’autres véhicules appartenant à des membres de plusieurs bandes de motards, y compris les Hells Angels, lors d’un rassemblement dans un bar local à Calgary, en Alberta.

M. MacMullin signale que lorsque l’un de ses clients appartenant aux Hells Angels décède, des veillées sont souvent organisées dans des bars. Il se présente alors à la veillée pour offrir ses condoléances à la famille et aux amis du défunt.

8. Subject “A” was observed by the RCMP wearing “81 Nomads Support” gear in Red Deer, Alberta.

The gear was given to Mr. MacMullin as a gift from his customer.

In reference to the relevant subsections of section 1.4 of the Transportation Security Clearance Program Policy, the information provided above as well as further inquiry should relieve the Transportation Security Clearance Advisory Body of its suspicions that Mr. MacMullin is involved in activities directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property as well as suspicions that Mr. MacMullin is a member of the Hell’s [*sic*] Angels.

Both Mrs. Britz and Mr. MacMullin are hardworking professional [*sic*] who have enjoyed long lasting and fruitful careers. A quick glance at Mrs. Britz’s file will reveal a spotless record. In an effort to demonstrate Mr. MacMullin’s character, we have attached reference letters from the RCMP and GAHD.

[14] In addition, the applicant attached two reference letters for her husband. The first reference letter was from an RCMP sergeant who wrote in regards to the husband’s professionalism and general character. The RCMP sergeant confirmed the applicant’s husband had overseen the servicing of most of the Harley Davidsons used by the RCMP in the K Division Integrated Traffic Services since 2008.

[15] The second reference letter was from the General Manager of the husband’s employer, Gasoline Alley Harley Davidson (GAHD), who confirmed that the dealership also services Harley Davidson motorcycles belonging to the RCMP and the Alberta Sheriff’s Department. The General Manager’s reference letter stated that Mr. MacMullin had formed long-standing relationships with many long-term customers and, like other GAHD employees, he attends at funerals of customers “from all walks of life”.

8. La GRC a vu le sujet « A » en train de porter des vêtements portant la mention « 81 Nomads Support » à Red Deer, en Alberta.

Les vêtements ont été offerts à M. MacMullin par un client.

En ce qui a trait aux paragraphes pertinents de l’article 1.4 de la politique sur le Programme d’habilitation de sécurité en matière de transport, les renseignements fournis ci-dessus ainsi que toute autre enquête devraient dissuader l’Organisme consultatif d’examen d’habilitation de sécurité en matière de transport de soupçonner M. MacMullin d’activités visant à favoriser l’usage de la violence grave ou de menaces de violence contre des personnes ou des biens ainsi que des soupçons selon lesquels M. MacMullin fait partie des Hell’s [*sic*] Angels.

M<sup>me</sup> Britz et M. MacMullin sont tous deux de professionnels dévoués qui jouissent d’une carrière durable et fructueuse. Un coup d’œil rapide au dossier de M<sup>me</sup> Britz révèle un parcours irréprochable. Afin d’illustrer la personnalité de M. MacMullin, nous avons joint des lettres de recommandation de la GRC et de l’entreprise GAHD.

[14] En outre, la demanderesse a joint deux lettres de recommandation pour son mari. La première lettre de recommandation émanait d’un sergent de la GRC qui soulignait le professionnalisme et le caractère général du mari. Le sergent de la GRC a confirmé que le mari de la demanderesse avait supervisé l’entretien de la plupart des Harley Davidson utilisées par la GRC au sein des Services intégrés de la circulation de la Division K depuis 2008.

[15] La seconde lettre de recommandation était celle du directeur général de l’entreprise employant le mari de la défenderesse, Gasoline Alley Harley Davidson (GAHD), qui a confirmé que le concessionnaire assurait également l’entretien des motocyclettes Harley Davidson de la GRC et du Service des shérifs de l’Alberta. La lettre de recommandation du directeur général indiquait que M. MacMullin avait établi des relations de longue date avec de nombreux clients fidèles et, comme d’autres employés de l’entreprise GAHD, il assistait aux funérailles de clients [TRADUCTION] « de tous horizons ».

[16] Aside from this response letter, neither the applicant nor the Minister shared any additional information and neither contacted the other.

[16] En dehors de cette lettre de réponse, la demanderesse et le ministre n'ont pas échangé d'autres renseignements et ils n'ont pas communiqué l'un avec l'autre.

[17] The Advisory Body met and recommended cancellation of the applicant's security clearance on July 21, 2015. The Advisory Body's Summary of Discussion states:

[17] L'Organisme consultatif s'est réuni et a recommandé l'annulation de l'habilitation de sécurité de la demanderesse le 21 juillet 2015. Le résumé de la discussion de l'Organisme consultatif stipule ce qui suit :

[TRADUCTION]

**SUMMARY OF DISCUSSION:  
BRITZ, Carol Frances**

**RÉSUMÉ DE LA DISCUSSION :  
BRITZ, Carol Frances**

**1808-0194897**

**1808-0194897**

- The issue is whether to allow Ms. Britz, a Flight Attendant with Air Canada at Calgary International Airport, to retain her transportation security clearance (TSC), or to cancel it in light of new information received by Transport Canada.
- Transport Canada, Security Screening Programs, initially granted the applicant a security clearance in 2004, renewed every 5 years and is currently valid until September 12, 2018.
- Criminal record checks indicate that the applicant has no criminal convictions.
- Security Screening Programs received a report from the RCMP SIBS, dated February 5, 2015, detailing the applicant's association to an individual (her husband) who associates with the Hells Angels and a known cocaine and firearms trafficker.
- The Advisory Body noted the applicant's lawyer mentioned that the applicant's husband is a service manager for Gasoline Alley Harley Davidson (GAHD), a motorcycle business, and that his customers are varied and include members of the Hells Angels. The lawyer also mentioned that the relationship with the Hells Angels is that of agent for GAHD.
- The Advisory Body noted that the applicant's husband has taken the relationship to the next level by attending a funeral of a Hells Angels "Hangaround", leaving a

- La question est de savoir s'il y a lieu de permettre à M<sup>me</sup> Britz, agente de bord d'Air Canada à l'Aéroport international de Calgary, de conserver son habilitation de sécurité en matière de transport (HST) ou de la révoquer, vu les renseignements récents reçus par Transports Canada.
- Les programmes de filtrage de sécurité de Transports Canada ont à l'origine accordé une habilitation de sécurité à la demanderesse en 2004, laquelle a été renouvelée tous les cinq ans et est en ce moment valide jusqu'au 12 septembre 2018.
- Les vérifications de casier judiciaire indiquent que la demanderesse n'a fait l'objet d'aucune condamnation criminelle.
- Le 5 février 2015, les programmes de filtrage de sécurité ont reçu un rapport provenant du Service canadien du renseignement de sécurité (SCRS) de la GRC, exposant en détail l'association de la demanderesse avec un individu (son mari) qui fréquente les Hells Angels et un trafiquant notoire de cocaïne et d'armes à feu.
- L'Organisme consultatif a noté que l'avocat de la demanderesse avait mentionné que le mari de la demanderesse était directeur du service d'entretien et de réparation de Gasoline Alley Harley Davidson (GAHD), une entreprise de motocyclettes, et que ses clients étaient nombreux et comprenaient des membres des Hells Angels. L'avocat a également mentionné le fait que la relation avec les Hells Angels se limitait à celle d'agent de l'entreprise GAHD.
- L'Organisme consultatif a noté que le mari de la demanderesse avait fait passer la relation au niveau supérieur en assistant aux funérailles d'un « aspirant »

location with a member of the Hells Angels and also a vehicle registered to him, was observed at the Hells Angels Southland clubhouse in Calgary during the 1<sup>st</sup> anniversary festivities of the Southland Chapter.

- The Advisory Body noted the applicant's husband was observed by RCMP and a "Nomads' support" hat and a memorial picture of a deceased Hells Angels member was seen displayed in his garage.
- The Advisory Body was of the opinion that an individual would not get invited to a funeral or club house or even be given support wear unless there would be a high level of trust, which led them to question the applicant [*sic*] husband's level of involvement with the Hells Angels.
- The Advisory Body noted the applicant's husband was also observed by RCMP on different occasions, either entering the residence of a well-known cocaine and firearms trafficker or getting into a vehicle with a well-known cocaine and firearms trafficker.
- The Advisory Body noted the vulnerability to airport security that is created by security clearance holders having spouses associated to individuals who have links with organized crime or persons with serious criminal records.
- A review of the file led the Advisory Body to have reason to believe, on a balance of probabilities, that she may be prone or induced to commit an act, or assist or abet an individual to commit an act that may unlawfully interfere with civil aviation.
- The Advisory Body considered the written submission provided by the applicant's counsel; however, the submission did not provide sufficient information to dispel the Advisory Body's concerns.

[18] All five voting members of the Advisory Board, which included two members from Transport Canada's Security Screening Programs, one member from Transportation Security and one member each from Transport Canada's Aviation Security Operations and Marine Security Operation, signed the following recommendation:

des Hells Angels, en quittant un endroit en compagnie d'un membre des Hells Angels et aussi lorsqu'un véhicule immatriculé à son nom a été aperçu au repère de la section Southland des Hells Angels à Calgary durant les festivités marquant le premier anniversaire de la section Southland.

- L'Organisme consultatif a noté que la GRC avait aperçu le mari de la demanderesse et avait remarqué la présence d'une casquette portant la mention « Nomads' support » et d'un portrait commémoratif d'un membre décédé des Hells Angel dans son garage.
- L'Organisme consultatif était d'avis que pour qu'une personne soit invitée à se rendre à des funérailles ou au repère des Hells Angels ou qu'elle se voit offrir des vêtements à l'effigie des Hells Angels, il fallait que le niveau de confiance établi soit élevé, ce qui l'a amené à remettre en question le degré de participation du mari de la demanderesse avec les Hells Angels.
- L'Organisme consultatif a noté que la GRC avait également aperçu le mari de la demanderesse à plusieurs reprises, en train d'entrer dans la résidence d'un trafiquant notoire de cocaïne et d'armes à feu ou en train de monter dans un véhicule avec un trafiquant notoire de cocaïne et d'armes à feu.
- L'Organisme consultatif a noté la vulnérabilité de la sûreté aéroportuaire engendrée par les détenteurs d'une habilitation de sécurité dont les conjoints sont associés à des personnes ayant des liens avec le crime organisé ou à des personnes ayant des antécédents judiciaires graves.
- Un examen du dossier a mené l'Organisme consultatif à avoir des raisons de croire, selon la prépondérance des probabilités, que la demanderesse pouvait être sujette ou incitée à commettre un acte d'intervention illicite pour l'aviation civile.
- L'Organisme consultatif a examiné les observations écrites présentées par l'avocat de la demanderesse; cependant, elles ne fournissaient pas suffisamment de renseignements pour dissiper ses préoccupations.

[18] Les cinq membres votants de l'Organisme consultatif, à savoir deux membres des programmes de filtrage de sécurité de Transports Canada, un membre de la Sécurité des transports, un membre des Opérations de sûreté de l'aviation de Transports Canada et un membre des Opérations de la sûreté maritime de Transports Canada, ont signé la recommandation suivante :

[TRADUCTION]

**JUSTIFICATION/JUSTIFICATION/COMMENTS/****JUSTIFICATION/JUSTIFICATION/  
COMMENTAIRES/****COMMENTAIRES:****COMMENTS :**

The Advisory Body recommends cancelling the applicant's transportation security clearance based on the applicant's very close association to an individual (her husband) who associates with the Hells Angels and a known cocaine and firearms trafficker. A review of the information on file led the Advisory Body to believe, on a balance of probabilities, that the applicant may be prone or induced to commit an act or assist or abet any person to commit an act that may unlawfully interfere with civil aviation. Furthermore, the applicant's submission did not provide sufficient information to dispel the Advisory Body's concerns.

L'Organisme consultatif recommande l'annulation de l'habilitation de sécurité en matière de transport de la demanderesse compte tenu de son lien très étroit avec un individu (son mari) qui fréquente les Hells Angels et un trafiquant notoire de cocaïne et d'armes à feu. Un examen des renseignements au dossier a mené l'Organisme consultatif à croire, selon la prépondérance des probabilités, que la demanderesse pouvait être amenée ou incitée à commettre un acte, ou à aider ou à encourager une personne à commettre un acte qui pourrait illégalement interférer avec l'aviation civile. En outre, les observations de la demanderesse ne fournissaient pas suffisamment de renseignements pour dissiper les préoccupations de l'Organisme consultatif.

[19] On October 13, 2015, the Minister (through his delegate) rendered a Decision cancelling the applicant's security clearance. The Decision largely—though not entirely—adopted the Summary of Discussion and Recommendation of the Advisory Body as set out above at paragraph 17, as its reasons:

[19] Le 13 octobre 2015, le ministre (par l'entremise de son délégué) a rendu une décision annulant l'habilitation de sécurité en matière de transport de la demanderesse. Les motifs de la décision reposent dans une large mesure, mais pas entièrement, sur le résumé de la discussion et la recommandation de l'Organisme consultatif tels qu'ils sont exposés ci-dessus au paragraphe 17 :

The information regarding your very close association to an individual (your husband) who associates with the Hells Angels and a known cocaine and firearms trafficker raised concerns regarding your judgment, trustworthiness and reliability. I note your husband works as a manager for Gasoline Alley Harley Davidson and his customers include members of the Hells Angels. I also note that your husband attended a funeral of a Hells Angels "Hangaround", went to a Hells Angels club house, and was observed by police leaving a location with a member of the Hells Angels indicating a relationship closer than mere business ties. I also note a "Nomad's support" hat and a memorial picture of a deceased Hells Angels were observed in your husband's garage. I further note your husband was observed by police entering a residence of a well-known cocaine and firearms trafficker and also getting into a vehicle with him. The ongoing and frequent interactions between your husband and the Hells Angels, led me to believe that there would be a high level of trust between him and the Hells Angels. I note the vulnerability to airport security that is created by security clearance holders having spouses associated to individuals who

[TRADUCTION] Les renseignements concernant votre association très proche avec une personne (votre mari) qui est associée aux Hells Angels et à un trafiquant notoire de cocaïne et d'armes à feu ont soulevé des préoccupations au sujet de votre jugement, de votre loyauté et de votre fiabilité. Je constate que votre mari travaille en tant que directeur au sein de l'entreprise Gasoline Alley Harley Davidson et que des membres des Hells Angels figurent au nombre de ses clients. Je constate également que votre mari a assisté aux funérailles d'un « aspirant » des Hells Angels, qu'il est allé dans un repère des Hells Angels et qu'il a été vu par la police alors qu'il quittait un endroit en compagnie d'un membre des Hells Angels, tout cela indiquant une relation plus étroite que de simples liens commerciaux. Je note aussi qu'une casquette portant la mention « Nomads' support » et un portrait commémoratif d'un membre décédé des Hells Angel ont été vus dans le garage de votre mari. Je note également que la police a aperçu votre mari alors qu'il entraînait dans la résidence d'un trafiquant notoire de cocaïne et d'armes à feu et qu'il montait dans un véhicule en sa compagnie. Les interactions continues et fréquentes entre votre mari et les

have links with organized crime or persons with serious criminal records. A review of the information on file led me to believe, on a balance of probabilities, that you may be prone or induced to commit an act or assist or abet any person to commit an act that may unlawfully interfere with civil aviation. I considered the statement provided by your counsel; however, the information presented was not sufficient to address my concerns. For these reasons, on behalf of the Minister of Transport, I have cancelled your security clearance. [Emphasis added.]

Hells Angels m'ont amené à penser qu'il y aurait un niveau de confiance élevé entre lui et les Hells Angels. Je souligne la vulnérabilité de la sûreté aéroportuaire engendrée par les détenteurs d'une habilitation de sécurité dont les conjoints sont associés à des personnes ayant des liens avec le crime organisé ou des personnes ayant des antécédents judiciaires graves. Un examen des renseignements au dossier m'a amené à penser, selon la prépondérance des probabilités, que vous pourriez être amenée ou incitée à commettre un acte, ou à aider ou à encourager une personne à commettre un acte qui pourrait illégalement interférer avec l'aviation civile. J'ai examiné la déclaration fournie par votre avocat, mais les renseignements fournis n'ont pas suffi à dissiper mes inquiétudes. Pour ces motifs, au nom du ministre des Transports, j'ai annulé votre habilitation de sécurité. [Non souligné dans l'original.]

[20] This is an application for judicial review of the Minister's decision. The applicant filed an affidavit in support of this application which contains both argument and evidence not before the Minister. The Minister asks that large portions be struck as inadmissible.

[20] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre. La demanderesse a déposé un affidavit à l'appui de cette demande qui contient à la fois des arguments et des éléments de preuve qui n'ont pas été présentés au ministre. Le ministre demande que la majeure partie de l'affidavit soit considérée comme irrecevable.

### III. Issues

[21] In my view, the following issues arise:

1. Whether all or some part of the applicant's affidavit is inadmissible, and
2. Whether the Minister's decision to revoke the applicant's Security Clearance is reasonable.

### IV. Admissibility of the Applicant's Affidavit

[22] New evidence is not generally admissible on judicial review. While there are limited exceptions, judicial review generally proceeds on the basis of the record that was before the decision maker, with some exceptions. As the Federal Court of Appeal stated in *Association of Universities and Colleges of Canada v. Canadian Copyright Licensing Agency (Access*

### III. Questions en litige

[21] À mon avis, les questions en litige suivantes se posent :

1. la question de savoir si la totalité ou une partie de l'affidavit de la demanderesse est irrecevable; et
2. la question de savoir si la décision du ministre de révoquer l'habilitation de sécurité de la demanderesse est raisonnable.

### IV. Admissibilité de l'affidavit de la demanderesse

[22] Les nouveaux éléments de preuve ne sont généralement pas admissibles dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Bien qu'il y ait un nombre limité d'exceptions, le contrôle judiciaire procède généralement en se fondant sur le dossier dont disposait le décideur, à quelques exceptions près. Comme la Cour d'appel fédérale l'a déclaré dans l'arrêt *Association des universités*

*Copyright*), 2012 FCA 22, 428 F.T.R. 297 [at paragraphs 18–20]:

Now before the Court is an application for judicial review from this decision on the merits. In such proceedings, this Court has only limited powers under the *Federal Courts Act* to review the Copyright Board's decision. This Court can only review the overall legality of what the Board has done, not delve into or re-decide the merits of what the Board has done.

Because of this demarcation of roles between this Court and the Copyright Board, this Court cannot allow itself to become a forum for fact-finding on the merits of the matter. Accordingly, as a general rule, the evidentiary record before this Court on judicial review is restricted to the evidentiary record that was before the Board. In other words, evidence that was not before the Board and that goes to the merits of the matter before the Board is not admissible in an application for judicial review in this Court. As was said by this Court in *Gitsan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 F.C. 135 at pages 144-45 (C.A.), “[t]he essential purpose of judicial review is the review of decisions, not the determination, by trial *de novo*, of questions that were not adequately canvassed in evidence at the tribunal or trial court.” See also *Kallies v. Canada*, 2001 FCA 376 at paragraph 3; *Bekker v. Canada*, 2004 FCA 186 at paragraph 11.

There are a few recognized exceptions to the general rule against this Court receiving evidence in an application for judicial review, and the list of exceptions may not be closed. These exceptions exist only in situations where the receipt of evidence by this Court is not inconsistent with the differing roles of the judicial review court and the administrative decision-maker (described in paragraphs 17-18, above). In fact, many of these exceptions tend to facilitate or advance the role of the judicial review court without offending the role of the administrative decision-maker. Three such exceptions are as follows:

(a) Sometimes this Court will receive an affidavit that provides general background in circumstances where

*et collègues du Canada c. Canadian Copyright Licensing Agency (Access Copyright)*, 2012 CAF 22 [aux paragraphes 18 à 20] :

La Cour est saisie en l'espèce d'une demande de contrôle judiciaire de la décision sur le fond qui a ainsi été rendue. Dans le cas d'une telle demande, notre Cour ne dispose que de pouvoirs limités en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales* en ce qui concerne le contrôle de la décision de la Commission du droit d'auteur. Notre Cour ne peut examiner que la légalité générale de ce que la Commission a fait et elle ne peut se pencher sur le bien-fondé de la décision de la Commission ou rendre une nouvelle décision sur le fond.

En raison des rôles bien distincts que jouent respectivement notre Cour et la Commission du droit d'auteur, notre Cour ne saurait se permettre de tirer des conclusions de fait sur le fond. Par conséquent, en principe, le dossier de la preuve qui est soumis à notre Cour lorsqu'elle est saisie d'une demande de contrôle judiciaire se limite au dossier de preuve dont disposait la Commission. En d'autres termes, les éléments de preuve qui n'ont pas été portés à la connaissance de la Commission et qui ont trait au fond de l'affaire soumise à la Commission ne sont pas admissibles dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire présentée à notre Cour. Ainsi que notre Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Gitsan Treaty Society v. Hospital Employees' Union*, [2000] 1 C.F. 135 aux pages 144 et 145 (C.A.F.), « [l]e but premier du contrôle judiciaire est de contrôler des décisions, et non pas de trancher, par un procès *de novo*, des questions qui n'ont pas été examinées de façon adéquate sur le plan de la preuve devant le tribunal ou la cour de première instance » (voir également les arrêts *Kallies c. Canada*, 2001 CAF 376, au paragraphe 3, et *Bekker c. Canada*, 2004 CAF 186, au paragraphe 11).

Le principe général interdisant à notre Cour d'admettre de nouveaux éléments de preuve dans le cadre d'une instance en contrôle judiciaire souffre quelques exceptions reconnues et la liste des exceptions n'est sans doute pas exhaustive. Ces exceptions ne jouent que dans les situations dans lesquelles l'admission, par notre Cour, d'éléments de preuve n'est pas incompatible avec le rôle différent joué par la juridiction de révision et par le tribunal administratif (nous avons déjà expliqué cette différence de rôle aux paragraphes 17 et 18). En fait, bon nombre de ces exceptions sont susceptibles de faciliter ou de favoriser la tâche de la juridiction de révision sans porter atteinte à la mission qui est confiée au tribunal administratif. Voici trois de ces exceptions :

a) Parfois, notre Cour admettra en preuve un affidavit qui contient des informations générales qui sont

that information might assist it in understanding the issues relevant to the judicial review: see, e.g., *Estate of Corinne Kelley v. Canada*, 2011 FC 1335 at paragraphs 26-27; *Armstrong v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 1013 at paragraphs 39-40; *Chopra v. Canada (Treasury Board)* (1999), 168 F.T.R. 273 at paragraph 9. Care must be taken to ensure that the affidavit does not go further and provide evidence relevant to the merits of the matter decided by the administrative decision-maker, invading the role of the latter as fact-finder and merits-decider. In this case, the applicants invoke this exception for much of the Juliano affidavit.

- (b) Sometimes affidavits are necessary to bring to the attention of the judicial review court procedural defects that cannot be found in the evidentiary record of the administrative decision-maker, so that the judicial review court can fulfil its role of reviewing for procedural unfairness: e.g., *Keeprite Workers' Independent Union v. Keeprite Products Ltd.* (1980) 29 O.R. (2d) 513 (C.A.). For example, if it were discovered that one of the parties was bribing an administrative decision-maker, evidence of the bribe could be placed before this Court in support of a bias argument.
- (c) Sometimes an affidavit is received on judicial review in order to highlight the complete absence of evidence before the administrative decision-maker when it made a particular finding: *Keeprite, supra*.

[23] The respondent takes exception to several parts of the affidavit, setting out the objected-to evidence. The Minister's objections are italicized, and my comments on each follow the Minister's objection:

- A. *The Applicant's assertion of her belief that she has never been suspected of a crime.* In my view, this is a fact which could have been put into the response letter. Though it is of little probative value, it does not qualify under the background exception.
- B. *The Applicant's assertion that cancellation of her Security Clearance effectively ends her career as*

susceptibles d'aider la Cour à comprendre les questions qui se rapportent au contrôle judiciaire (voir, par ex. *Succession de Corinne Kelley c. Canada*, 2011 CF 1335, aux paragraphes 26 et 27; *Armstrong c. Canada (Procureur général)*, 2005 CF 1013, aux paragraphes 39 et 40; *Chopra c. Canada (Conseil du Trésor)* (1999), 168 F.T.R. 273, au paragraphe 9). On doit s'assurer que l'affidavit ne va pas plus loin en fournissant des éléments de preuve se rapportant au fond de la question déjà tranchée par le tribunal administratif, au risque de s'immiscer dans le rôle que joue le tribunal administratif en tant que juge des faits et juge du fond. En l'espèce, les demandereses invoquent cette exception en ce qui concerne la plus grande partie de l'affidavit de M. Juliano.

- b) Parfois les affidavits sont nécessaires pour porter à l'attention de la juridiction de révision des vices de procédure qu'on ne peut déceler dans le dossier de la preuve du tribunal administratif, permettant ainsi à la juridiction de révision de remplir son rôle d'organe chargé de censurer les manquements à l'équité procédurale (voir, par ex. *Keeprite Workers' Independent Union c. Keeprite Products Ltd.*, (1980) 29 O.R. (2d) 513 (C.A.)). Ainsi, si l'on découvrait qu'une des parties a versé un pot-de-vin au tribunal administratif, on pourrait soumettre à notre Cour des éléments de preuve relatifs à ce pot-de-vin pour appuyer un argument fondé sur l'existence d'un parti pris.
- c) Parfois, un affidavit est admis en preuve dans le cadre d'un contrôle judiciaire pour faire ressortir l'absence totale de preuve dont disposait le tribunal administratif lorsqu'il a tiré une conclusion déterminée (*Keeprite, précitée*).

[23] Le défendeur s'oppose à plusieurs parties de l'affidavit, exposant les objections à la preuve. Les objections du ministre sont en italique et mes observations figurent à la suite de chacune de ces objections :

[TRANSDUCTION]

- A. *L'affirmation de la demanderesse selon laquelle elle n'a jamais été soupçonnée d'un crime.* À mon avis, ce fait aurait pu être inscrit dans la lettre de réponse. S'il a peu de valeur probante, il n'est pas admissible en vertu de l'exception relative aux informations générales.
- B. *L'affirmation de la demanderesse selon laquelle l'annulation de son habilitation de sécurité met*

- a flight attendant.* In my view, this also could have been put into the response letter. Additionally, this evidence is not necessary as that consequence would be obvious to the Minister as it is to the Court.
- C. *The Applicant's assertion that some of the locations where her Husband was observed were unclear to her, thereby failing to give her a meaningful opportunity to present her response [Kaczor v. Canada (Transport), 2015 FC 698] and depriving her of procedural fairness.* I note that in many cases, responses were given in the response letter to similarly undetailed allegations and the Applicant did, in fact, provide a response to this RCMP observation. Her concern as to specificity could have been raised in the response letter and, furthermore, the Applicant did not request further particulars despite the invitation contained in the PFL to contact and discuss her concerns with Transport Canada staff.
- D. *The Applicant's assertion that certain "Nomads" gear and hats, etc., were available on the internet.* In my view, this is a matter that could easily have been added to the response letter but for whatever reason was not. In any event, the Applicant had advised that the gear was given to her Husband as "a gift from his customer." If that was not from a Hells Angels member, the time to say so was in the response letter.
- E. *The Applicant's assertion that she had no reason to think that her Husband had any connection with the Hells Angels, or any other criminals, that went beyond his business connection with GAHD customers.* In my view, this could readily have been added to the response letter, but was not.
- effectivement fin à sa carrière d'agente de bord.* À mon avis, ce fait aurait également pu être inscrit dans la lettre de réponse. De plus, cet élément de preuve n'est pas nécessaire étant donné que la conséquence serait évidente pour le ministre comme pour la Cour.
- C. *L'affirmation de la demanderesse selon laquelle elle ne connaissait pas plusieurs des endroits où son époux avait été vu et que, par conséquent, elle n'a pas vraiment eu la possibilité de présenter sa réponse [Kaczor c. Canada (Transports), 2015 CF 698] et a été privée de son droit à l'équité procédurale.* Je note que bien souvent, les réponses ont été fournies dans la lettre de réponse à des allégations semblables et que la demanderesse a effectivement fourni une réponse à cette observation de la GRC. Sa préoccupation quant à la spécificité aurait pu être soulevée dans la lettre de réponse et, en outre, la demanderesse n'a pas demandé d'autres précisions malgré l'invitation contenue dans la lettre relative à l'équité procédurale de communiquer avec le personnel de Transports Canada et de discuter de ses préoccupations avec lui.
- D. *L'affirmation de la demanderesse selon laquelle certains vêtements et casquettes portant la mention « Nomads » étaient disponibles sur Internet.* À mon avis, ce point aurait facilement pu être ajouté à la lettre de réponse, mais, pour une quelconque raison, il ne l'a pas été. Quoiqu'il en soit, la demanderesse a signalé que les vêtements avaient été [TRADUCTION] « offerts à son mari par un client ». Si ce cadeau ne provenait pas d'un membre des Hells Angels, il aurait fallu le dire dans la lettre de réponse.
- E. *L'affirmation de la demanderesse selon laquelle elle n'avait aucune raison de penser que son mari avait un lien quelconque avec les Hells Angels ou d'autres criminels au-delà de son lien d'affaires avec les clients de l'entreprise GAHD.* À mon avis, cet argument aurait facilement pu être ajouté à la lettre de réponse, mais, pour une quelconque raison, il ne l'a pas été.

F. *The Applicant's addition of another reference letter, from a different RCMP officer, concerning the Husband's professionalism and general character.* In my view, this letter could have been added to the two reference letters which she did file with her Response and which were to the same effect.

[24] In a word, therefore, I find the objections valid.

[25] Much of the affidavit contains complaints concerning alleged lack of notice leading to breach of procedural fairness and errors related to various conclusions set out in the Decision. In my view, these are all arguments relating to errors in the Minister's decision, which belong in the applicant's memorandum.

[26] I wish to add that the affidavit, even if admitted, would add little, if anything, to the applicant's case. The only possible exceptions are paragraphs 74 and 75, which deal with the fact the Minister did not seek additional information after receiving the response letter. With respect, this is not a valid issue of procedural fairness; it is the applicant who had the onus to establish her claim for the renewal of her security clearance.

[27] The affidavit is therefore inadmissible and as a consequence, I may not consider it.

#### V. Relevant Provisions

[28] The granting or cancellation of security clearance is governed by the Act and the Regulations: *Henri v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 38, 395 D.L.R. (4th) 176 (*Henri*), leave to appeal to S.C.C. refused, [2016] 2 S.C.R. viii (15 September 2016).

[29] The applicable provisions from the Act and Regulations are set out in the Appendix to these reasons. In summary, the Act gives the Minister the authority to, among other things, cancel a security clearance for the purposes of the Act. Pursuant to the Regulations, only

F. *L'ajout par la demanderesse d'une autre lettre de recommandation, émanant d'un autre agent de la GRC, concernant le professionnalisme et le caractère général du mari.* À mon avis, cette lettre aurait pu être ajoutée aux deux lettres de recommandation qu'elle a déposées avec sa réponse et qui allaient dans le même sens.

[24] En un mot, je trouve donc les objections valables.

[25] Une bonne partie de l'affidavit contient des plaintes concernant un prétendu défaut d'avis conduisant à un manquement à l'équité procédurale et des erreurs liées aux diverses conclusions énoncées dans la décision. À mon avis, il s'agit là d'arguments relatifs aux erreurs dans la décision du ministre, qui figurent dans le mémoire de la demanderesse.

[26] Je tiens à ajouter que l'affidavit, même s'il était admis, ne contribuerait guère, voire nullement, à étayer le dossier de la demanderesse. Les seules exceptions possibles sont les paragraphes 74 et 75, qui traitent du fait que le ministre n'a pas demandé d'autres renseignements après avoir reçu la lettre de réponse. En toute déférence, ce n'est pas une question d'équité procédurale valable; c'est à la demanderesse qu'incombe la responsabilité d'établir le bien-fondé de sa demande de renouvellement de son habilitation de sécurité.

[27] L'affidavit est donc irrecevable et, par conséquent, je ne peux pas en tenir compte.

#### V. Dispositions pertinentes

[28] L'octroi et l'annulation d'une habilitation de sécurité sont régis par la Loi et ses règlements : *Henri c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 38 (*Henri*), autorisation d'appel à la C.S.C. refusée [2016] 2 R.C.S. viii (15 septembre 2016).

[29] Les dispositions applicables de la Loi et de ses règlements sont énoncées à l'Annexe des présents motifs. En résumé, la Loi confère au ministre le pouvoir, entre autres, d'annuler une habilitation de sécurité aux fins de la Loi. Conformément aux règlements, seuls les

those with a valid security clearance may be issued a Restricted Area Identity Card (RAIC). The RAIC grants access to restricted areas of the airport.

[30] It is a given that the applicant, a flight attendant with Air Canada, requires a RAIC to do her job.

[31] Ministerial discretion to grant or cancel a RAIC under section 4.8 of the Act is exercised pursuant to the Policy. The most relevant sections of the Policy, namely section I.4 (and in particular paragraph I.4(4)) and section I.8, are set out below; other relevant sections are included in the Appendix.

Transportation Security Clearance Program Policy—  
Aviation (excerpt)

**Objective**

I.4

The objective of this Program is to prevent the uncontrolled entry into a restricted area of a listed airport by any individual who

1. is known or suspected to be involved in activities directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against persons or property;
2. is known or suspected to be a member of an organization which is known or suspected to be involved in activities directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against people or property;
3. is suspected of being closely associated with an individual who is known or suspected of
  - being involved in activities referred to in paragraph (1);
  - being a member of an organization referred to in paragraph (2); or
  - being a member of an organization referred to in subsection (5) hereunder.

détenteurs d'une habilitation de sécurité valide peuvent se voir délivrer une carte d'identité de zone réglementée (CIZR). La CIZR permet d'accéder aux zones réglementées de l'aéroport.

[30] Il va sans dire que la demanderesse, une agente de bord d'Air Canada, a besoin de la CIZR pour son travail.

[31] Le pouvoir discrétionnaire ministériel d'accorder ou d'annuler la délivrance d'une CIZR en vertu de l'article 4.8 de la Loi est exercé conformément à la politique. Les articles les plus pertinents de la politique, à savoir l'article I.4 (et en particulier l'alinéa I.4(4)) et l'article I.8, sont énoncés ci-dessous; d'autres articles pertinents sont inclus dans l'Annexe.

Le programme d'habilitation de sécurité en matière de  
transport aérien (extrait)

**Objectif**

I.4

L'objectif de ce programme est de prévenir l'entrée non contrôlée dans les zones réglementées d'un aéroport énuméré dans le cas de toute personne :

1. connue ou soupçonnée d'être mêlée à des activités relatives à une menace ou à des actes de violence commis contre les personnes ou les biens;
2. connue ou soupçonnée d'être membre d'un organisme connu ou soupçonné d'être relié à des activités de menace ou à des actes de violence commis contre les personnes ou les biens;
3. soupçonnée d'être étroitement associée à une personne connue ou soupçonnée
  - de participer aux activités mentionnées à l'alinéa (1);
  - d'être membre d'un organisme cité à l'alinéa (2); ou
  - être membre d'un organisme cité à l'alinéa (5).

4. the Minister reasonably believes, on a balance of probabilities, may be prone or induced to
- commit an act that may unlawfully interfere with civil aviation; or
  - assist or abet any person to commit an act that may unlawfully interfere with civil aviation.

...

5. is known or suspected to be or to have been a member of or a participant in activities of criminal organizations as defined in Sections 467.1 and 467.11(1) of the Criminal Code of Canada;
6. is a member of a terrorist group as defined in Section 83.01(1)(a) of the Criminal Code of Canada.

...

#### **The Advisory Body**

I.8

An Advisory Body shall review applicant's information and make recommendations to the Minister concerning the granting, refusal, cancellation or suspension of clearances.

...

#### **Cancellation or Refusal**

II.35

1. The Advisory Body may recommend to the Minister the cancellation or refusal of a security clearance to any individual if the Advisory Body has determined that the individual's presence in the restricted area of a listed airport would be inconsistent with the aim and objective of this Program.
2. In making the determination referred to in subsection (1), the Advisory Body may consider any factor that is relevant, including whether the individual:
  1. has been convicted or otherwise found guilty in Canada or elsewhere of an offence including, but not limited to:

4. qui, selon le ministre et les probabilités, est sujette ou peut être incitée à :
- commettre un acte d'intervention illicite pour l'aviation civile; ou
  - aider ou à inciter toute autre personne à commettre un acte d'intervention illicite pour l'aviation civile.

[...]

5. est connu ou soupçonné d'être ou d'avoir été membre d'une organisation criminelle ou d'avoir pris part à des activités d'organisations criminelles, tel que défini aux articles 467.1 et 467.11(1) du Code criminel du Canada;
6. est membre d'un groupe terroriste, tel que défini à l'alinéa 83.01(1)(a) du Code criminel du Canada.

[...]

#### **L'organisme consultatif**

I.8

Un Organisme consultatif sera tenu d'étudier les renseignements des demandeurs et de formuler des recommandations au ministre concernant l'octroi, le refus, l'annulation ou la suspension d'une habilitation.

[...]

#### **Annulation ou refus**

II.35

1. L'Organisme consultatif peut recommander au ministre de refuser ou d'annuler l'habilitation d'une personne s'il est déterminé que la présence de ladite personne dans la zone réglementée d'un aéroport énuméré est contraire aux buts et objectifs du présent programme.
2. Au moment de faire la détermination citée au sous-alinéa (1), l'Organisme consultatif peut considérer tout facteur pertinent, y compris :
  1. si la personne a été condamnée ou autrement trouvé coupable au Canada ou à l'étranger pour les infractions suivantes :

- |  |   |
|--|---|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. any indictable offence punishable by imprisonment for more than 10 years,</li> <li>2. trafficking, possession for the purpose of trafficking or exporting or importing under the <i>Controlled Drugs and Substances Act</i>,</li> <li>3. any offences contained in Part VII of the Criminal Code - “Disorderly Houses, Gaming and Betting”,</li> <li>4. any contravention of a provision set out in section 160 of the <i>Customs Act</i>,</li> <li>5. any offences under the <i>Security Of Information Act</i>; or</li> <li>6. any offences under Part III of the <i>Immigration and Refugee Protection Act</i>;</li> </ol> <p>3. [sic] is likely to become involved in activities directed toward or in support of the threat or use of acts of serious violence against property or persons. [Emphasis added.]</p> | <ol style="list-style-type: none"> <li>1. tout acte criminel sujet à une peine d’emprisonnement de 10 ans ou plus;</li> <li>2. le trafic, la possession dans le but d’en faire le trafic, ou l’exportation ou l’importation dans le cadre de la <i>Loi sur les drogues et substances contrôlées</i>;</li> <li>3. tout acte criminel cité dans la partie VII du Code criminel intitulée « Maison de désordre, jeux et paris »;</li> <li>4. tout acte contrevenant à une disposition de l’article 160 de la <i>Loi sur les douanes</i>;</li> <li>5. tout acte stipulé dans la <i>Loi sur les secrets officiels</i>; ou</li> <li>6. tout acte stipulé dans la partie III de la <i>Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés</i>.</li> </ol> <p>3. si elle possède une mauvaise réputation en matière de crédit et qu’elle occupe un poste de confiance; ou</p> <p>4. qu’il est probable qu’elle participe à des activités directes ou en appui à une menace ou qu’elle se livre à des actes de violence sérieuse contre la propriété ou des personnes. [Non souligné dans l’original.]</p> |
|--|---|

## VI. Standard of Review

[32] In *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraphs 57 and 62, the Supreme Court of Canada held that a standard of review analysis is unnecessary where “the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular category of question”. The standard of review for assessing an administrative decision to cancel or withhold an airport security clearance has been determined to be reasonableness: *Clue v. Canada (Attorney General)*, 2011 FC 323 (*Clue*), at paragraph 14; *Henri*, above, at paragraph 16; *Mitchell v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 241, at paragraph 5.

## VI. Norme de contrôle

[32] Dans l’arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), la Cour suprême du Canada a établi aux paragraphes 57 et 62 qu’il n’est pas nécessaire de se livrer à une analyse du critère de contrôle si « la jurisprudence établit déjà de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une catégorie de questions en particulier ». Il a été jugé que la norme de contrôle qu’il convient d’appliquer pour évaluer une décision administrative d’annuler ou de suspendre une habilitation de sécurité aéroportuaire est celle de la décision raisonnable : *Clue c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 323 (*Clue*), au paragraphe 14; *Henri*, précité, au paragraphe 16; *Mitchell c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 241, au paragraphe 5.

[33] In *Dunsmuir*, at paragraph 47, the Supreme Court of Canada explained what is required of a court reviewing on the reasonableness standard of review:

.... A court conducting a review for reasonableness inquires into the qualities that make a decision reasonable, referring both to the process of articulating the reasons and to outcomes. In judicial review, reasonableness is concerned mostly with the existence of justification, transparency and intelligibility within the decision-making process. But it is also concerned with whether the decision falls within a range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law.

VII. Jurisprudence on cancellation of such security clearances

[34] It is established that the Advisory Body and the Minister have specialized expertise and that the Minister's decisions are entitled to a high degree of deference: *Lavoie v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 435, at paragraph 17; *Fontaine v. Canada (Transport)*, 2007 FC 1160, 73 Admin. L.R. (4th) 1 (*Fontaine*). The Minister is entitled to err on the side of public safety: *Brown v. Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1081, 468 F.T.R. 1, at paragraph 71; *Yee Tam v. Canada (Transport)*, 2016 FC 105, at paragraph 16. Further, access to restricted areas in Canadian airports is a privilege, not a right: *Fontaine*, above, at paragraph 78; *Clue*, above, at paragraph 20. As noted already, the applicant has the onus of establishing his or her entitlement to a security clearance.

[35] I agree with and accept my colleague Justice LeBlanc's recent summary of the Court's jurisprudence generally, as set out in *Sargeant v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 893 (*Sargeant*) (at paragraphs 26–30):

In security clearance cases, this Court has stated three important principles.

First, section 4.8 of the Act confers on the Minister a broad discretion to grant, suspend or cancel a security clearance, which empowers him to take into account any

[33] Au paragraphe 47 de l'arrêt *Dunsmuir*, la Cour suprême du Canada explique ce que doit faire une cour lorsqu'elle effectue une révision selon la norme de la décision raisonnable :

[...] La cour de révision se demande dès lors si la décision et sa justification possèdent les attributs de la raisonnable. Le caractère raisonnable tient principalement à la justification de la décision, à la transparence et à l'intelligibilité du processus décisionnel, ainsi qu'à l'appartenance de la décision aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit.

VII. Jurisprudence relative à l'annulation de ces habilitations de sécurité

[34] Il est établi que l'Organisme consultatif et le ministre ont des connaissances spécialisées et que les décisions du ministre doivent faire l'objet d'un degré élevé de retenue : *Lavoie c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 435, au paragraphe 17; *Fontaine c. Canada (Transports)*, 2007 CF 1160 (*Fontaine*). Le ministre est autorisé à favoriser la sécurité publique : *Brown c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1081, au paragraphe 71; *Yee Tam c. Canada (Transports)*, 2016 CF 105, au paragraphe 16. De plus, l'accès aux zones protégées d'un aéroport au Canada est un privilège et non un droit : *Fontaine*, précitée, au paragraphe 78; *Clue*, précitée, au paragraphe 20. Comme cela a déjà été mentionné, il incombe à la demanderesse d'établir qu'elle a droit à une habilitation de sécurité.

[35] Je suis d'accord avec le récapitulatif que mon collègue le juge LeBlanc a fait récemment de la jurisprudence de la Cour en général, comme l'énonce la décision *Sargeant c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 893 (*Sargeant*) (aux paragraphes 26 à 30) :

[TRADUCTION]

En matière d'habilitation de sécurité, la Cour a affirmé trois principes importants.

Premièrement, l'article 4.8 de la Loi confère au ministre un large pouvoir discrétionnaire d'accorder, de suspendre ou d'annuler une habilitation de sécurité, qui

relevant factor (*Thep-Outhainthany v Canada (Attorney General)*, 2013 FC 59, at para 19, 425 FTR 247 [*Thep-Outhainthany*]; *Brown v Canada (Attorney General)*, 2014 FC 1081, at para 62 [*Brown*]).

Second, aviation safety being an issue of substantial importance and access to restricted areas being a privilege, not a right, the Minister, in exercising his discretion under section 4.8, is entitled to err on the side of public safety which means that in balancing the interests of the individual affected and public safety, the interests of the public take precedence (*Thep-Outhainthany v Canada*, at para 17; *Fontaine v Canada (Transport)*, 2007 FC 1160, at paras 53, 59, 313 FTR 309 [*Fontaine*]; *Clue v Canada (Attorney General)*, 2011 FC 323, at paragraph 14). *Rivet v Canada (Attorney General)*, 2007 FC 1175, at para 15, 325 FTR 178.

Third, in such matters the focus is on the propensity of airport employees to engage in conduct that could affect aviation safety which requires a broad and forward-looking perspective. In other words, the Minister “is not required to believe on a balance of probabilities that an individual “will” commit an act that “will” lawfully interfere with civil aviation or “will” assist or abet any person to commit an act that “would” unlawfully interfere with civil aviation, only that he or she “may”” (*MacDonnell v Canada (Attorney General)*, 2013 FC 719, at para 29, 435 FTR 202 [*MacDonnell*]; *Brown*, at para 70). As such, the denial or cancellation of a security clearance “requires only a reasonable belief, on a balance of probabilities, that a person may be prone to or induced to commit an act that may interfere with civil aviation” (*Thep-Outhainthany*, above at para 20). Any conduct which causes to question a person’s judgment, reliability and trustworthiness is therefore sufficient ground to refuse or cancel a security clearance (*Brown*, at para 78; *Mitchell v Canada (Attorney General)*, 2015 FC 1117, at paras 35, 38 [*Mitchell*]).

l’autorise à prendre en considération tout facteur qu’il juge pertinent (décision *Thep-Outhainthany c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 59, au paragraphe 19, 425 FTR 247 [*Thep-Outhainthany*]; décision *Brown c. Canada (Procureur général)*, 2014 CF 1081, au paragraphe 62 [*Brown*]).

Deuxièmement, puisque la sécurité aérienne est une question de grande importance et que l’accès aux zones réglementées est un privilège, et non un droit, le ministre, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré par l’article 4.8, peut pencher du côté de la sécurité du public, ce qui signifie qu’en évaluant les intérêts de la personne touchée et la sécurité du public, l’intérêt du public a préséance (décision *Thep-Outhainthany c. Canada*, au paragraphe 17; décision *Fontaine c. Canada (Transports)*, 2007 CF 1160, aux paragraphes 53 et 59, 313 FTR 309 [*Fontaine*]; décision *Clue c. Canada (Procureur général)*, 2011 CF 323, au paragraphe 14). Décision *Rivet c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 1175, au paragraphe 15, 325 FTR 178.

Troisièmement, dans de telles affaires, l’accent est mis sur la propension des employés des aéroports à s’engager dans des activités susceptibles d’avoir une incidence sur la sécurité aérienne, ce qui exige une perspective large et tournée vers l’avenir. En d’autres termes, la politique « n’exige pas que le ministre croie selon la prépondérance des probabilités qu’un individu “commettra” un acte qui “constituera” un acte d’intervention illicite pour l’aviation civile ou qu’il “aidera ou incitera” toute autre personne à commettre un acte qui “constituerait” une intervention illicite pour l’aviation civile, mais seulement qu’il soit “sujet” à le faire » (décision *MacDonnell c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 719, au paragraphe 29, 435 FTR 202 [*MacDonnell*]; décision *Brown*, au paragraphe 70). Par conséquent, le refus ou l’annulation d’une habilitation de sécurité « ne requiert qu’une conviction raisonnable, selon la prépondérance des probabilités, qu’une personne est sujette ou susceptible de commettre un acte qui peut être préjudiciable pour l’aviation civile » (décision *Thep-Outhainthany*, précitée, au paragraphe 20). Toute conduite susceptible de mettre en doute le jugement, la fiabilité et l’honnêteté d’une personne constitue par conséquent un motif suffisant pour refuser ou annuler une habilitation de sécurité (décision *Brown*, au paragraphe 78; décision *Mitchell c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 1117, aux paragraphes 35 et 38 [*Mitchell*]).

VIII. Discussion and Analysis

[36] This Decision must be set aside because it is unreasonable. It is unreasonable for several reasons considered as a whole.

*The finding that the Applicant “may be prone or induced”*

**Discussion of “prone” and “induced”**

[37] To begin this discussion it is necessary to consider the meaning of “prone” and “induced”. The Minister cancelled the applicant’s security clearance stating:

A review of the information on file led me to believe, on a balance of probabilities, that you may be prone or induced to commit an act or assist or abet any person to commit an act that may unlawfully interfere with civil aviation. [Emphasis added.]

[38] In making this finding, the Minister repeated word for word the language found in paragraph I.4(4) of the Policy, which states:

**Objective**

I.4

The objective of this Program is to prevent the uncontrolled entry into a restricted area of a listed airport by any individual who

...

4. the Minister reasonably believes, on a balance of probabilities, may be prone or induced to
  - commit an act that may unlawfully interfere with civil aviation; or
  - assist or abet any person to commit an act that may unlawfully interfere with civil aviation. [Emphasis added.]

VIII. Commentaires et analyse

[36] La présente décision doit être annulée parce qu’elle n’est pas raisonnable. Elle est déraisonnable pour plusieurs motifs considérés dans leur ensemble.

*La conclusion selon laquelle la demanderesse « peut être sujette ou susceptible d’être incitée à »*

**Discussion relative aux termes « être sujet à » et « être incité à »**

[37] Pour amorcer cette discussion, il est nécessaire d’examiner le sens des termes « être sujet à » et « être incité à ». Le ministre a annulé l’habilitation de sécurité de la demanderesse en déclarant ce qui suit :

[TRADUCTION] Un examen des renseignements au dossier m’a amené à penser, selon la prépondérance des probabilités, que vous pourriez être amenée ou incitée à commettre un acte, ou à aider ou à encourager une personne à commettre un acte qui pourrait illégalement interférer avec l’aviation civile. [Non souligné dans l’original.]

[38] En rendant cette conclusion, le ministre a répété mot pour mot la formulation de l’alinéa I.4(4) de la politique qui se lit comme suit :

**Objectif**

1.4

L’objectif de ce programme est de prévenir l’entrée non contrôlée dans les zones réglementées d’un aéroport énuméré de toute personne :

[...]

4. qui selon le ministre et les probabilités, est sujette ou peut être incitée à :
  - commettre un acte d’intervention illicite visant l’aviation civile; ou
  - aider ou inciter toute autre personne à commettre un acte d’intervention illicite pour l’aviation civile. [Non souligné dans l’original.]

[39] The underlined words in paragraph I.4(4) of the Policy are worded disjunctively; one may be either “prone” to do certain unlawful acts, or one may be “induced” to do certain unlawful act, or both.

[40] Accordingly, as I read it, the Policy’s wording describes three different findings which the Minister may make. First, an individual may be found to be an individual *who may be prone* to commit or assist or abet an unlawful act. Secondly, an individual may be found to be an individual *who may be induced* to commit or assist or abet an unlawful act. Third, an individual may be found to be an individual who both *may be prone* and *induced* to commit or assist or abet an unlawful act.

[41] These three alternative findings are separate. A fourth option for the Minister, of course, would be to renew the licence but as he did not, I will not consider that option further.

[42] Therefore, to cancel a security clearance, the Minister, acting reasonably i.e., in a manner which is defensible in accordance with the law per *Dunsmuir*, is required to decide this case on one of these three possible bases.

[43] It is important to determine the meaning of prone and induced. The first step in this analysis is to consider if the words “prone” and “induced” have the same meaning. In my view, they do not.

[44] As a matter of interpretative first principles, I am unable to find that “prone” and “induced” have the same meaning; to do so would offend the presumption of consistent expression. As stated by the Supreme Court of Canada in *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559 [at paragraph 81]:

[39] Les mots soulignés à l’alinéa I.4(4) de la politique sont rédigés de façon disjonctive; on peut être « [sujet] » à commettre certains actes illicites, ou on peut être « [incité] » à commettre un acte illicite, voire les deux.

[40] Par conséquent, comme je l’interprète, le libellé de la politique décrit trois conclusions différentes auxquelles le ministre peut parvenir. Tout d’abord, on peut conclure qu’un individu *peut être sujet* à commettre un acte illicite, ou à aider ou à encourager une personne à commettre un acte illicite. Ensuite, on peut conclure qu’un individu *est susceptible d’être incité* à commettre un acte illicite, ou à aider ou à encourager une personne à commettre un acte illicite. Enfin, on peut conclure qu’un individu *peut être sujet et susceptible d’être incité* à commettre un acte illicite, ou à aider ou à encourager une personne à commettre un acte illicite.

[41] Ces trois conclusions subsidiaires sont distinctes. Une quatrième option pour le ministre, bien sûr, consisterait à renouveler la licence, mais comme il ne l’a pas fait, je n’irai pas plus loin dans l’examen de cette option.

[42] Par conséquent, pour annuler une habilitation de sécurité, le ministre, en agissant raisonnablement, c’est-à-dire d’une manière qui est défendable conformément à la loi selon l’arrêt *Dunsmuir*, est tenu de trancher cette affaire en s’appuyant sur l’un de ces trois fondements possibles.

[43] Il est important d’établir le sens des expressions « être sujet à » et « être incité à ». La première étape de cette analyse consiste à établir si les expressions « être sujet à » et « être incité à » ont la même signification. À mon avis, ce n’est pas le cas.

[44] En ce qui concerne les premiers principes interprétatifs, je ne peux pas conclure que les expressions « être sujet à » et « être incité à » ont la même signification; le faire serait contraire à la présomption d’uniformité des expressions. Comme l’a déclaré la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559 [au paragraphe 81] :

First, according to the presumption of consistent expression, when different terms are used in a single piece of legislation, they must be understood to have different meanings. If Parliament has chosen to use different terms, it must have done so intentionally in order to indicate different meanings. [Emphasis added.]

[45] And see *Saporsantos Leobrera v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 587, [2011] 4 F.C.R. 290 [at paragraph 51]:

(b) The presumption of consistent expression

...

Although it has already been established that “dependent child” does not apply to the IRPA, the Court also finds that the use of the “dependent child” to interpret “child” is contrary to the presumption of consistent expression. In *Sullivan on the Construction of Statutes* (5th edition, Markham, Ont.: LexisNexis Canada, 2008), Ruth Sullivan explains this presumption in the following terms (at pages 214–215):

It is presumed that the legislature uses language carefully and consistently so that within a statute or other legislative instrument the same words have the same meaning and different words have different meanings. Another way of understanding this presumption is to say that the legislature is presumed to avoid stylistic variation. Once a particular way of expressing a meaning has been adopted, ... it makes sense to infer that where a different form of expression is used, a different meaning is intended.

[Emphasis added.]

[46] The distinction between one who may be prone and one who may be induced to commit unlawful acts is also supported by their differing dictionary definitions:

Prone

- Having an inclination to do something: *Collins Dictionary*, 2016, *sub verbo* “prone” <[http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/prone\\_1](http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/prone_1)>;

Premièrement, selon la présomption d’uniformité d’expression, lorsque des termes différents sont employés dans un même texte législatif, il faut considérer qu’ils ont un sens différent. Il faut tenir pour acquis que le législateur a délibérément choisi des termes différents dans le but d’indiquer un sens différent. [Non souligné dans l’original.]

[45] Voir la décision *Saporsantos Leobrera c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 587, [2011] 4 R.C.F. 290 [au paragraphe 51] :

b) La présomption d’uniformité des expressions

[...]

Quoiqu’il ait déjà été établi que le terme « enfant à charge » ne s’applique pas à la LIPR, la Cour conclut également qu’il est contraire à la présomption d’uniformité des expressions d’utiliser le terme « enfant à charge » pour interpréter le terme « enfant ». Dans *Sullivan on the Construction of Statutes* (5<sup>e</sup> édition, Markham, Ont. : LexisNexis, 2008), Ruth Sullivan donne l’explication suivante de cette présomption (aux pages 214 et 215) :

[TRADUCTION] On présume que le législateur rédige les lois avec soin et d’une manière cohérente, de sorte que dans une loi ou un autre texte législatif, les mêmes termes ont le même sens et les mots différents ont un autre sens. Une autre manière de comprendre cette présomption est de dire que le législateur est présumé éviter les variations stylistiques. Lorsqu’une expression particulière a été adoptée, [...] il convient d’inférer que, lorsqu’une forme différente est employée, un sens différent est voulu.

[Non souligné dans l’original.]

[46] La distinction entre celui qui peut être sujet à commettre des actes illicites et celui qui peut être incité à commettre des actes illicites est également étayée par les définitions divergentes des dictionnaires :

[TRADUCTION]

Être sujet à (« prone »)

- Être enclin à faire quelque chose : *Collins Dictionary*, 2016, sous l’entrée « prone » <[http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/prone\\_1](http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/prone_1)>;

- Likely to do, have, or suffer from something: *Merriam–Webster Online Dictionary*, 2015, *sub verbo* “prone” <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/prone>>;
- (prone to/to do something) Likely or liable to suffer from, do, or experience something unpleasant or regrettable: *Oxford Dictionaries*, 2016, *sub verbo* “prone” <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/prone>>.
- Être susceptible de faire, d’avoir ou de subir quelque chose : *Merriam–Webster Online Dictionary*, 2015, sous l’entrée « *prone* » <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/prone>>;
- (sujet à/enclin à faire quelque chose) Être susceptible de subir, de faire ou d’éprouver quelque chose de déplaisant ou de regrettable : *Oxford Dictionaries*, 2016, sous l’entrée « *prone* » <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/prone>>.

### Induced

- (*transitive verb*) 1. (often foll by an infinitive) to persuade or use influence on; 2. to cause or bring about: *Collins Dictionary*, 2016, *sub verbo* “induce” <<http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/induce>>;
- (*simple definition*) 1. to cause (someone or something) to do something; 2. to cause (something) to happen or exist; (*full definition, transitive verb*) 1(a). to move by persuasion or influence; 1(b). to call forth or bring about by influence or stimulation; 2(a). effect, cause; 2(b). to cause the formation of; 3. To determine by induction; *specifically*: to infer from particulars: *Merriam–Webster Online Dictionary*, 2015, *sub verbo* “induce” <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/induce>>;
- (*verb with object*) 1. Succeed in persuading or leading (someone) to do something; 2. Bring about or give rise to: *Oxford Dictionaries*, 2016, *sub verbo* “induce” <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/induce>>.
- Être incité à (« *induced* »)
- (*verbe transitif*) 1. (souvent suivi d’un infinitif) persuader quelqu’un ou user de son influence sur quelqu’un; 2. causer ou provoquer : *Collins Dictionary*, 2016, sous l’entrée « *induce* » <<http://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/induce>>;
- (*définition simple*) 1. amener quelqu’un à faire quelque chose ou occasionner quelque chose; 2. faire en sorte que quelque chose se produise ou existe; (*définition complète, verbe transitif*) 1(a). user de persuasion ou d’influence; 1(b). susciter ou provoquer par l’influence ou la stimulation; 2(a). provoquer, causer; 2(b). provoquer la formation de; 3. établir par induction; *notamment* : faire des déductions à partir de certains éléments : *Merriam–Webster Online Dictionary*, 2015, sous l’entrée « *induce* » <<http://www.merriam-webster.com/dictionary/induce>>;
- (*verbe avec complément d’objet*) 1. réussir à persuader ou à mener (quelqu’un) à faire quelque chose; 2. provoquer quelque chose ou donner lieu à : *Oxford Dictionaries*, 2016, sous l’entrée « *induce* » <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/induce>>.

[47] In my view, on a proper analysis, an individual’s personal inclinations, their likely conduct and individual characteristics are the primary focus in considering the issue of whether one is prone to commit unlawful acts. However, determining whether one may be *induced* to commit unlawful acts involves an assessment of

[47] À mon avis, les préférences personnelles d’une personne, son comportement probable et ses caractéristiques individuelles sont les principaux éléments qui permettent d’analyser de façon appropriée la question de savoir si cette personne est sujette à commettre des actes illicites. Cependant, pour établir si une

additional factors in addition to one's personal inclinations and likely conduct. Whether one may be induced will generally involve consideration of a third party, i.e., someone else who is inducing or leading the individual to wrongful conduct. Therefore, an individual's associations, along with other considerations including personal inclinations and likely conduct, are relevant in assessing whether one may be *induced* to commit unlawful acts. In short, whether one may be prone focusses on the individual applying for the security clearance; whether one may be induced looks at the individual as well as the impact of a third party on that individual. The two are qualitatively different.

[48] This interpretation of the Policy accords with *Sargeant*, although the distinction between being "prone" and "induced" was not at issue in that case. In *Sargeant* the problem for the applicant was his *personal* involvement in smuggling a large quantity of marijuana and U.S. currency into the United States. In *Sargeant*, the applicant was arrested, along with another, in possession of 26 pounds of marijuana and \$353 430 in United States currency. The applicant in *Sargeant* stated to U.S. police that he knew he was smuggling marijuana and was to be paid \$200 by someone else to complete the job. During the interview, the other individual also admitted to smuggling the marijuana and currency and stated that he hired the applicant for \$200 to assist him with the smuggling.

[49] The Minister in *Sargeant* made the same disjunctive finding as made in the case at bar. However, unlike the case at bar, the Minister in *Sargeant* not only had grounds to find the applicant may personally be *prone* i.e., inclined to unlawful activity (he admitted to have acted unlawfully before), but in addition, the Minister also had grounds to conclude that the applicant might be *induced* into unlawful activity (as in fact the applicant

personne peut être *incitée* à commettre des actes illicites, il faut évaluer d'autres facteurs que les inclinations personnelles et son comportement probable. La question de savoir si une personne peut être incitée à faire quelque chose implique généralement la prise en considération d'un tiers, c'est-à-dire d'une autre personne qui entraîne la première à adopter une conduite fautive. Par conséquent, les affiliations d'une personne, ainsi que d'autres facteurs, y compris ses penchants personnels et sa conduite probable, sont pertinentes pour déterminer si cette personne peut être *incitée* à commettre des actes illicites. En bref, la question de savoir si une personne peut être sujette à faire quelque chose se concentre sur la personne qui fait une demande d'habilitation de sécurité, tandis que la question de savoir si une personne peut être incitée à faire quelque chose se concentre sur la personne et sur l'influence qu'exerce un tiers sur cette personne. Ces deux questions sont différentes sur le plan qualitatif.

[48] Cette interprétation de la politique est conforme à la décision *Sargeant* en dépit du fait que la distinction entre « être sujet à » et « être incité à » n'était pas en cause dans cette affaire. Dans la décision *Sargeant*, le problème qui se posait pour le demandeur était sa participation *personnelle* dans la contrebande d'une grande quantité de marijuana et de monnaie américaine vers les États-Unis. Dans la décision *Sargeant*, le demandeur avait été arrêté, avec une autre personne, en possession de 26 livres de marijuana et de 353 430 \$ en devises américaines. Dans la décision *Sargeant*, le demandeur avait déclaré qu'il savait qu'il faisait la contrebande de marijuana et qu'il devait recevoir d'une personne la somme de 200 \$ pour ce travail. Durant l'interrogatoire, l'autre individu avait aussi admis faire la contrebande de marijuana et de devises et avait indiqué avoir embauché le demandeur pour 200 \$ afin de l'aider avec ces activités de contrebande.

[49] Dans la décision *Sargeant*, le ministre était parvenu à la même conclusion disjunctive que celle qui a été faite en l'espèce. Toutefois, contrairement à l'affaire qui nous occupe, non seulement le ministre, dans la décision *Sargeant*, avait des motifs de croire que le demandeur pouvait être personnellement *sujet* à se livrer à une activité illicite (il avait avoué avoir déjà agi illégalement), mais encore il avait conclu que le demandeur

had been before). Therefore, the Minister's finding was reasonable.

**No evidence the Applicant may be prone to commit unlawful activities**

[50] In my view, the proper analysis of whether the applicant “may be prone” asks whether this individual applicant has an inclination to, or is likely or inclined to commit the unlawful acts the Policy aims to prevent. The Minister's finding that the applicant “may be prone” is not supported by the facts. It is not defensible in terms of the facts because there is no evidence to support that finding.

[51] Contrary to the finding of the Minister, not only is there no evidence to support a finding that the applicant is prone to such illegal acts, the evidence is to the contrary: the applicant has no such inclination. The applicant has a spotless personnel file, having served Air Canada many years—at least a decade—as a flight attendant. She has no criminal record. In my view, there is no evidence of any inclination or weakness or susceptibility or likelihood on her part to commit, assist or abet the unlawful activity aimed at by the Policy.

[52] The Minister could not reasonably find that the applicant may be prone to commit or assist or abet such activities on this record. That being the case, such a finding is unreasonable per *Dunsmuir*.

*The Minister acted unreasonably in making an “either/or” finding*

[53] The Policy is written in a disjunctive form in paragraph I.4(4). In my respectful view, in order to cancel a security clearance, a Minister acting reasonably may only make one of three possible findings. As stated earlier, these three possible findings are: (1) that the

pouvait être *incité* à se livrer à une activité illicite (comme il l'avait effectivement déjà été). Par conséquent, la conclusion du ministre était raisonnable.

**Aucune preuve que la demanderesse peut être sujette à se livrer à des activités illicites**

[50] À mon avis, l'analyse appropriée de la question de savoir si la demanderesse « peut être sujette » à se livrer à de telles activités consiste à se demander si la demanderesse a tendance à commettre ou est susceptible de commettre les actes illicites que la politique vise à empêcher. La conclusion du ministre selon laquelle la demanderesse « peut être sujette » à commettre de tels actes n'est pas étayée par les faits. Elle ne peut pas se justifier au regard des faits étant donné qu'il n'y a aucune preuve à l'appui de cette conclusion.

[51] Contrairement à la conclusion du ministre, non seulement il n'y a pas de preuve à l'appui de la conclusion selon laquelle la demanderesse est sujette à commettre de tels actes illicites, mais encore la preuve indique le contraire : la demanderesse n'est pas encline à commettre de tels actes. Le dossier de la demanderesse, qui a travaillé à Air Canada pendant de nombreuses années — au moins une décennie — comme agente de bord, est impeccable. Elle n'a pas de casier judiciaire. À mon avis, il n'y a aucune preuve de faiblesse de sa part ou d'inclinaison ou de propension à se livrer à une activité illégale visée par la politique, ou encore, à aider ou à encourager une personne à se livrer à une telle activité.

[52] Le ministre ne pouvait pas raisonnablement conclure dans ce dossier que la demanderesse était sujette à se livrer à de telles activités ou à aider ou à inciter toute autre personne à commettre de telles activités. Cela étant, une telle conclusion est déraisonnable selon l'arrêt *Dunsmuir*.

*Le ministre a agi de façon déraisonnable en rendant une conclusion dichotomique*

[53] La politique est rédigée sous une forme disjunctive à l'alinéa I.4(4). À mon humble avis, pour annuler une habilitation de sécurité, un ministre agissant de façon raisonnable ne peut aboutir qu'à une des trois conclusions possibles. Comme il a été dit précédemment, ces

applicant may be prone to commit or assist or abet unlawful activities; (2) that the applicant may be induced to commit or assist or abet unlawful activities; or, (3) that the applicant may be both prone and induced to commit or assist or abet unlawful activities. Clearly, a finding made under either or both branches of paragraph I.4(4), would supply a reasonable basis for the Minister to cancel a security clearance.

[54] What the Minister acting reasonably may not do is to find disjunctively, as the Minister did here, that the applicant may *either* be prone to *or* induced to commit unlawful activities without actually deciding the basis for his Decision to cancel.

[55] Here, the Minister did not decide one way i.e., prone, or the other i.e., induced. In addition, the Minister did not find that the applicant may be both prone *and* induced. In my respectful view, in failing to decide on one of the three possible bases for cancellation allowed by the Policy in this respect, the Minister failed his duty to decide in accordance with law. The Minister had no authority to cancel the applicant's clearance without deciding the basis for that cancellation.

[56] Essentially, the Minister's disjunctive finding is an equivocation, not a decision. No reasons for this equivocal finding are provided. In my respectful view, the Minister was obliged to do more than make equivocal "maybe this or maybe that" findings as done here.

[57] The unintelligibility of the Minister's equivocal finding may be demonstrated in the following manner. Consider section I.4 of the Policy, which includes six paragraphs, each identifying a different class of persons whose security certificates may be cancelled. The Minister could no more cancel a security certificate on the basis of a finding that "this individual falls into either

trois conclusions possibles sont les suivantes : 1) la demanderesse est sujette à se livrer à des activités illicites ou à aider ou à inciter une autre personne à se livrer à de telles activités; 2) la demanderesse peut être incitée à se livrer à des activités illicites ou à aider ou à inciter une autre personne à se livrer à de telles activités; ou 3) la demanderesse peut être sujette et incitée à se livrer à des activités illicites ou à aider ou à inciter une autre personne à se livrer à de telles activités. De toute évidence, une conclusion tirée en vertu de l'un ou l'autre des volets ou des deux volets de l'alinéa I.4(4) fournirait un fondement raisonnable au ministre pour annuler une habilitation de sécurité.

[54] Ce que le ministre ne peut pas raisonnablement faire est de conclure de façon disjonctive, comme il l'a fait en l'espèce, que la demanderesse peut être sujette *ou* incitée à se livrer à des activités illicites sans établir le fondement de sa décision d'annuler l'habilitation de sécurité.

[55] En l'espèce, le ministre n'a pas tranché entre « être sujette à » et « être incitée à ». De plus, le ministre n'a pas conclu que la demanderesse pouvait être à la fois sujette *et* incitée à commettre des actes illicites. À mon humble avis, en omettant de se prononcer sur l'une des trois possibilités d'annulation permises par la politique à cet égard, le ministre a manqué à son devoir de se prononcer conformément à la loi. Le ministre n'avait pas le pouvoir d'annuler l'habilitation de la demanderesse sans décider du motif de cette annulation.

[56] Essentiellement, la conclusion disjonctive du ministre tient de l'ambiguïté et ne constitue pas une décision. Il n'a fourni aucun motif pour justifier cette conclusion équivoque. À mon humble avis, le ministre ne pouvait pas se contenter de tirer des conclusions équivoques « peut-être ceci ou peut-être cela » comme il l'a fait.

[57] L'incompréhension entourant la conclusion équivoque du ministre peut être démontrée de la façon suivante. Examinons l'article I.4 de la politique, qui comprend six paragraphes, chacun définissant une catégorie différente de personnes dont les certificats de sécurité peuvent être annulés. Le ministre ne pouvait plus annuler un certificat de sécurité en se fondant sur

class 1, or class 2, or class 3, or classes 4, or 5, or 6” without coming to ground on any of them, than the Minister could cancel a certificate based on finding the applicant fell under either one of three possible categories in paragraph I.4(4) without identifying which is the basis for the Decision.

[58] Moreover, the finding that the applicant may be *prone* to commit, *or* in the alternative, that she may be *induced* to commit such unlawful acts is also objectionable and unreasonable because neither the applicant nor this Court are able to ascertain which of the three alternative findings formed the basis of the Minister’s decision to cancel her security clearance. This puts the applicant and reviewing court in an almost, if not completely, impossible position of attempting to determine what is being reviewed on judicial review: is the review on one ground, on the second ground, or on both? Should the applicant deal with all three possibilities, or with only two, or with just one and, if only one, which one should she choose? This lack of clarity leads me to conclude that the Minister must act with greater precision particularly given the potential consequences for an applicant, namely, the termination of what might be very lengthy and loyal service.

[59] If the Decision was based on a finding that the applicant may be prone, the Decision must be set aside as made without evidence, as explained above. Similarly, the Decision could not be reasonably based on a finding that the applicant may be both prone and induced, because a finding the applicant may be prone is not supported by the evidence. However, if the Decision was based on a finding that the applicant may be induced, then other issues are engaged; while the Minister might have hypothetically acted reasonably had the finding been one of “may be induced”, the difficulty is that no such finding was actually made.

une conclusion selon laquelle [TRADUCTION] « cette personne relève soit de la catégorie 1, soit de la catégorie 2, soit de la catégorie 3, soit des catégories 4, 5 ou 6 » sans choisir l’une de ces catégories, pas plus qu’il ne pouvait annuler un certificat en s’appuyant sur la conclusion que la demanderesse relevait de l’une ou l’autre des trois catégories possibles visées à l’alinéa I.4(4) sans définir le fondement de la décision.

[58] De plus, la conclusion selon laquelle la demanderesse peut être *sujette* ou, subsidiairement, être *incitée* à commettre de tels actes illicites est également inacceptable et déraisonnable, car ni la demanderesse ni la Cour ne sont en mesure de déterminer laquelle des trois conclusions subsidiaires a servi de fondement à la décision du ministre d’annuler l’habilitation de sécurité de la demanderesse. Cela place la demanderesse et la Cour de révision dans une position presque impossible, voire complètement impossible, de tenter de déterminer ce qui fait l’objet d’un contrôle judiciaire : le contrôle est-il fondé sur le premier motif, sur le second motif ou sur les deux? La demanderesse devrait-elle aborder les trois possibilités, seulement deux ou l’une d’entre elles et, dans ce dernier cas, laquelle devrait-elle choisir? Ce manque de clarté m’amène à conclure que le ministre doit agir avec plus de précision, compte tenu notamment des conséquences potentielles pour un demandeur, à savoir la fin de très nombreuses et loyales années de service.

[59] Si la décision était fondée sur une conclusion selon laquelle la demanderesse pouvait être sujette à commettre des actes illicites, alors la décision doit être annulée puisqu’elle a été prise en l’absence de preuve, comme je l’ai déjà expliqué. De même, la décision ne pouvait pas raisonnablement être fondée sur une conclusion selon laquelle la demanderesse pouvait être à la fois sujette et incitée à commettre des actes illicites étant donné que la conclusion selon laquelle la demanderesse pouvait être sujette à commettre des actes illicites n’était pas étayée par la preuve. Toutefois, même si la décision était fondée sur une conclusion selon laquelle la demanderesse pouvait être incitée à commettre des actes illicites, cela soulèverait d’autres questions; alors que le ministre aurait pu agir raisonnablement si la conclusion avait été que la demanderesse « aurait pu

[60] Therefore, in my view, the Minister's finding was unreasonable.

*Lack of Intelligibility and Transparency*

[61] In addition, I am not persuaded that the Minister appreciated and duly considered the applicant's submissions in arriving at a conclusion in this case. Thus, even if the Minister may make a decision on an "either/or" basis without actually deciding one way or the other (which I do not accept), I would still grant judicial review.

[62] A failure to duly consider the submissions of the parties is a matter going to the reasonableness of the decision: *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708 (*Newfoundland Nurses*); *Ho v. Canada (Attorney General)*, 2013 FC 865 (*Ho*); *Doan v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 138. In *Ho*, as my colleague Justice Harrington at paragraph 28, states: "*Dunsmuir*, above, teaches us that a reasonable decision is one which is transparent. To say that Mr. Ho's explanations did not contain sufficient information to address concerns is in and of itself insufficient and opaque. From *Newfoundland Nurses* we learn that a decision may be justified by an analysis of the record. However, in this case there is no indication that Mr. Ho's explanations were actually considered. In these circumstances, it is not up to the Court to substitute its own opinion. The matter must be referred back for reconsideration". That said, a failure of this aspect of a decision maker's duty also implicates the procedural fairness of the decision: *O'Grady v. Bell Canada*, 2015 FC 1135; *Brosnan v. Bank of Montreal*, 2015 FC 925, 483 F.T.R. 311 (*Brosnan*). In this case, it does not matter which because both directions lead to judicial review.

être incitée » à commettre des actes illicites, le problème est qu'aucune conclusion de ce genre n'a été tirée.

[60] Par conséquent, à mon avis, la conclusion du ministre était déraisonnable.

*Manque d'intelligibilité et de transparence*

[61] De plus, je ne suis pas convaincu que le ministre a évalué et dûment pris en considération les observations de la demanderesse pour parvenir à une conclusion en l'espèce. Par conséquent, même si le ministre pouvait prendre des décisions en s'appuyant sur un fondement dichotomique et sans véritablement décider d'une façon ou d'une autre (ce que je n'accepte pas), j'accorderais quand même le contrôle judiciaire.

[62] Le défaut d'examiner dûment les observations des parties est une question qui se rapporte au caractère raisonnable de la décision : *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708 (*Newfoundland Nurses*); *Ho c. Canada (Procureur général)*, 2013 CF 865 (*Ho*); *Doan c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 138. Dans la décision *Ho*, voici ce que déclare mon collègue le juge Harrington au paragraphe 28 : « L'arrêt *Dunsmuir*, précité, nous enseigne qu'une décision raisonnable est une décision transparente. La simple affirmation que les explications de M. Ho ne renfermaient pas suffisamment d'information pour dissiper les préoccupations est insuffisante et opaque. L'arrêt *Newfoundland Nurses* mentionne qu'une décision peut être justifiée au moyen d'une analyse du dossier. Toutefois, dans la présente affaire rien ne nous permet de conclure que les explications de M. Ho aient en fait été examinées. Dans de telles circonstances, il n'incombe pas à la Cour de substituer son avis à celui précédemment rendu. Il faut renvoyer l'affaire en vue d'un nouvel examen ». Cela dit, un manquement relativement à cet aspect du devoir d'un décideur fait également intervenir l'équité procédurale de la décision : *O'Grady c. Bell Canada*, 2015 CF 1135; *Brosnan c. Banque de Montréal*, 2015 CF 925 (*Brosnan*). En l'espèce, cela n'a pas d'importance, car les deux orientations conduisent à un contrôle judiciaire.

[63] Reasons are sufficient if they allow a reviewing court to understand why the tribunal made its decision and determine if it is within the range of acceptable outcomes set out in *Dunsmuir: Newfoundland Nurses*, above, at paragraph 16.

[64] In the case at bar, the material parts of the Decision are taken almost word for word from the Summary of Discussion and Recommendation of the Advisory Body. I agree the Minister may adopt the finding of this specialized body. However, the Minister must hear and consider both the applicant's case and the Advisory Body's case. It is a core duty of administrative decision makers to hear both sides.

[65] It is trite that not every issue raised by the applicant needs to be separately or specifically assessed by a decision maker: *Newfoundland Nurses*, at paragraph 16; *Construction Labour Relations v. Driver Iron Inc.*, 2012 SCC 65, [2012] 3 S.C.R. 405 [*Driver Iron*], at paragraph 3. The issue here is that the Minister failed to adequately hear and consider the applicant's submissions. This is best assessed by reference to what was said by both the Minister and the Advisory Body and by the applicant.

[66] The Minister gave notice of eight observations reported by the RCMP in the PFL. The applicant responded to each with varying degrees of detail; these responses can be seen in the excerpt provided above at paragraph 13. While all eight RCMP observations are carefully and specifically addressed in the Decision, the only reference to the substance of the applicant's response is as follows:

I note your husband works as a manager for Gasoline Alley Harley Davidson and his customers include members of the Hells Angels.

[67] I am not persuaded that the Minister considered the applicant's submissions. This lack of consideration is evident in light of the almost total absence of any

[63] Les motifs sont suffisants s'ils permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de décider si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables mentionnées dans l'arrêt *Dunsmuir : Newfoundland Nurses*, précité, au paragraphe 16.

[64] En l'espèce, les éléments importants de la décision sont tirés presque mot pour mot du résumé de la discussion et de la recommandation de l'Organisme consultatif. Je conviens que le ministre peut adopter les conclusions de cet organisme spécialisé. Toutefois, le ministre doit entendre et examiner à la fois le dossier de la demanderesse et celui de l'Organisme consultatif. Les décideurs administratifs ont l'obligation essentielle d'entendre les deux parties.

[65] Il est établi que le décideur n'est pas tenu d'évaluer séparément ou spécifiquement toutes les questions soulevées par un demandeur : *Newfoundland Nurses*, au paragraphe 16; *Construction Labour Relations c. Driver Iron Inc.*, 2012 CSC 65, [2012] 3 R.C.S. 405 [*Driver Iron*], au paragraphe 3. Le problème qui se pose en l'espèce est que le ministre n'a pas suffisamment entendu et examiné les observations de la demanderesse. La meilleure façon de procéder est de tenir compte de ce qui a été dit par le ministre, par l'Organisme consultatif et par la demanderesse.

[66] Le ministre a donné avis de huit observations rapportées par la GRC dans la lettre relative à l'équité procédurale. La demanderesse a répondu à chacune des observations avec des degrés de détail différents; ces réponses peuvent être consultées dans l'extrait fourni au paragraphe 13 ci-dessus. Bien que les huit observations de la GRC soient attentivement et spécifiquement traitées dans la décision, la seule référence au contenu de la réponse de la demanderesse est la suivante :

[TRADUCTION] Je constate que votre mari travaille en tant que directeur au sein de l'entreprise Gasoline Alley Harley Davidson et que des membres des Hells Angels figurent au nombre de ses clients.

[67] Je ne suis pas convaincu que le ministre a examiné les arguments de la demanderesse. Ce manque de considération est évident à la lumière de l'absence

mention of the applicant's submissions in the Minister's reasons:

- There is no mention of the applicant's categorical and uncontested denial of the husband's current or prior membership in the Hells Angels;
- There is no mention of GAHD's ranking as the number one Harley Davidson dealership in the country;
- There is no reference made to the submission that the husband is the number one service manager in Canada, which speaks to the importance of his job;
- There is no reference to the various clientele with which the husband interacts, including not only local police but the RCMP itself; the Minister only refers to the fact that the husband's customers are members of Hells Angels;
- The submission that the extent of the husband's interactions with Hells Angels is as agent for GAHD is not referred to by the Minister, although mentioned in the Advisory Body material.

[68] This almost complete omission of the applicant's submissions in the Minister's reasons gives rise to both transparency and intelligibility issues and implicates procedural fairness concerns.

[69] I am further concerned by the Minister's failure to refer to either of the two reference letters concerning her husband, which are substantively summarized above at paragraphs 14 and 15 of these reasons. I reiterate there is no need to refer to every piece of evidence. However, in my view, these letters are material. Despite their materiality, the Minister says nothing about either.

[70] In essence, the Minister and Advisory Body material evinces inadequate awareness or appreciation of the applicant's submissions, namely that her husband had an important *business relationship* with Hells

presque totale de mention des arguments de la demanderesse dans les motifs du ministre :

- il n'y a aucune mention du refus catégorique et incontesté de la demanderesse de l'appartenance actuelle ou antérieure du mari aux Hells Angels;
- il n'y a aucune mention du classement de l'entreprise GAHD comme étant le premier concessionnaire de Harley Davidson au pays;
- il n'y a aucune référence au fait que le mari de la demanderesse est le directeur du service d'entretien et de réparation numéro un au Canada, ce qui témoigne de l'importance de son travail;
- il n'y a aucune référence aux divers clients avec lesquels le mari de la demanderesse interagit, y compris non seulement la police locale, mais aussi la GRC; le ministre se réfère seulement au fait que les clients du mari de la demanderesse font partie des Hells Angels;
- l'argument selon lequel c'est en tant qu'agent de l'entreprise GAHD que le mari de la demanderesse interagit avec les Hells Angels n'est pas mentionné par le ministre, bien que l'Organisme consultatif l'ait mentionné dans ses documents.

[68] Cette omission presque totale des arguments de la demanderesse dans les motifs du ministre donne lieu à des questions de transparence et d'intelligibilité et soulève des préoccupations quant à l'équité procédurale.

[69] Je suis également préoccupé par le fait que le ministre n'a pas mentionné l'une ou l'autre des deux lettres de recommandation concernant son mari, qui sont résumées ci-dessus aux paragraphes 14 et 15 des présents motifs. Je répète qu'il n'est pas nécessaire de prendre en considération chaque élément de preuve. Cependant, à mon avis, ces lettres sont importantes. Malgré leur importance, le ministre ne les évoque pas du tout.

[70] En substance, les documents du ministre et de l'Organisme consultatif témoignent d'une connaissance insuffisante ou d'une appréciation insuffisante des arguments de la demanderesse, à savoir que son mari

Angels customers as agent for his employer, GAHD, in his capacity as number one service agent in Canada working for the largest Harley Davidson dealership in the country and that, in fact, his dealership also supplied Harley Davidson motorcycles to both the RCMP and to the Alberta Sheriff's Department. Instead, on this the Minister (in addition to a relatively meaningless boilerplate<sup>1</sup>) says only:

I note your husband works as a manager for Gasoline Alley Harley Davidson and his customers include members of the Hells Angels.

[71] In my view, that summary of the applicant's response is inadequate and is also inaccurate. The Minister's implication that the Hells Angels are the only type of customers serviced by GAHD suggests a failure to engage with the explanations and substantive submissions put forward, submissions that go to the "heart of the complaint under adjudication", as per *Brosnan*, above, at paragraph 28.

[72] In my respectful view, the Minister's reasons are impermissibly one-sided and fail to identify or address the critical relationship advanced by the applicant. In this sense, the Decision in the case at bar is analogous to *Ho*, where the Court found the Minister's decision did not meet the transparency standard outlined by *Dunsmuir*, thereby requiring judicial review.

[73] The Court appreciates it has a duty to review the Decision in the context of the record and that, in some cases, the Court may supply matters found in the record that are not explicit in the decision: *Communications, Energy and Paperworkers Union of Canada, Local 30 v. Irving Pulp & Paper, Ltd.*, 2013 SCC 34, [2013] 2 S.C.R. 458, at paragraph 54 ("The board's decision should be approached as an organic whole, without a line-by-line treasure hunt for error"); *Driver Iron*, above,

entretenait une *relation commerciale* importante avec des clients membres des Hells Angels en tant qu'agent au service de son employeur, GAHD, en sa qualité d'agent du premier service d'entretien et de réparation au Canada pour le plus grand concessionnaire Harley Davidson du pays et qu'en effet, son concessionnaire fournissait également des motos Harley Davidson à la GRC et au Service des shérifs de l'Alberta. Au lieu de cela, le ministre (en plus d'un libellé relativement standard<sup>1</sup>) s'est contenté de dire ce qui suit :

[TRADUCTION] Je constate que votre mari travaille en tant que directeur au sein de l'entreprise Gasoline Alley Harley Davidson et que des membres des Hells Angels figurent au nombre de ses clients.

[71] À mon avis, ce résumé de la réponse de la demanderesse est inadéquat et est également inexact. L'insinuation du ministre selon laquelle les Hells Angels sont les seuls clients desservis par l'entreprise GAHD suggère que les explications et les observations de fond avancées n'ont pas été abordées, des observations qui sont au « cœur de la plainte faisant l'objet de l'examen » selon la décision *Brosnan*, précitée, au paragraphe 28.

[72] À mon humble avis, les motifs du ministre sont indûment unilatéraux et ils ne permettent pas de cerner ou d'aborder la relation essentielle que la demanderesse a avancée. En ce sens, la décision en l'espèce est analogue à celle de *Ho*, où la Cour a conclu que la décision du ministre ne respectait pas la norme de transparence décrite par l'arrêt *Dunsmuir*, ce qui exige un contrôle judiciaire.

[73] La Cour se rend compte qu'elle a le devoir de réexaminer la décision dans le contexte du dossier et que, dans certains cas, la Cour peut fournir des éléments qui ne sont pas explicites dans la décision : *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c. Pâtes & Papier Irving, Ltée*, 2013 CSC 34, [2013] 2 R.C.S. 458, au paragraphe 54 (« Il faudrait considérer la sentence arbitrale comme un tout et s'abstenir de faire une chasse au trésor, phrase par

<sup>1</sup> This "boilerplate sentence" states "I considered the statement provided by your counsel; however, the information presented was not sufficient to address my concerns".

<sup>1</sup> La « phrase standard » en question est la suivante : [TRADUCTION] « J'ai examiné la déclaration fournie par votre avocat, mais les renseignements fournis n'ont pas suffi à dissiper mes inquiétudes. »

at paragraph 3 (“The Board did not have to explicitly address all possible shades of meaning of these provisions”).

[74] The only reasonable basis on which the Minister might have made a decision to cancel on the facts of this case would be if the Minister had concluded that the husband’s dealing with the Hells Angels put the applicant’s employment in such jeopardy that the applicant fell into the “may be ... induced” category. I stress this option could only arise if, contrary to my finding above, a disjunctive “either/or” finding is reasonably permitted. The Court is presented with three difficulties in allowing the decision to stand on this basis. First, that is not what the Minister decided. The Decision did not conclude that the applicant may be induced. Instead, the Minister made a disjunctive “either/or” finding that the applicant may be either prone *or* induced. Second, a disjunctive finding is *per se* unreasonable for the reasons set out above. And finally, to reach the result that the applicant may be induced by her husband, the Minister must, of necessity, have rejected each of the eight responses plus the two reference letters provided. While I may, in some circumstances, supply reasons and “connect the dots”, that would entail writing reasons for why the Minister rejected virtually all the applicant’s responses while knowing only the end result. I am unable to write the reasons the Minister did not write for that conclusion.

[75] I should add that there was no argument that the applicant’s Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] rights were violated by the Policy, although references were made in argument to *Neale v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 655 and to *Reference re Marine Transportation Security Regulations*, 2009 FCA 234, 202 C.R.R. (2d) 156.

phrase, à la recherche d’une erreur »); *Driver Iron*, précité, au paragraphe 3 (« La Commission n’était pas tenue de traiter expressément de toutes les interprétations possibles de ces dispositions »).

[74] Ce n’est que dans le cas où le ministre aurait conclu que les affaires du mari de la demanderesse avec les Hells Angels constituaient une telle menace pour l’emploi de la demanderesse que cette dernière se serait retrouvée dans la catégorie « peut être incitée à » que la décision d’annuler l’habilitation compte tenu des faits en l’espèce aurait été raisonnablement étayée. Je souligne que cette option ne peut se produire que si, contrairement à ce que je viens de conclure, une conclusion dichotomique et disjonctive est raisonnablement permise. La Cour est confrontée à trois difficultés en permettant à la décision de reposer sur ce fondement. Premièrement, ce n’est pas ce que le ministre a décidé. Dans sa décision, le ministre n’a pas conclu que la demanderesse pouvait être incitée à commettre des actes illicites. Le ministre a plutôt tiré une conclusion dichotomique et disjonctive selon laquelle la demanderesse peut être à sujette *ou* incitée à commettre des actes illicites. Ensuite, une conclusion disjonctive est en soi déraisonnable pour les motifs exposés ci-dessus. Enfin, pour parvenir au résultat que la demanderesse peut être incitée par son mari à commettre des actes illicites, le ministre a nécessairement rejeté chacune des huit réponses ainsi que les deux lettres de recommandation fournies. Bien que je puisse, dans certains cas, fournir des motifs et « faire le lien », il me faudrait rédiger des motifs pour expliquer pourquoi le ministre a rejeté pratiquement toutes les réponses de la demanderesse alors que je ne connais que le résultat final. Je ne suis pas en mesure de rédiger les motifs pour lesquels le ministre n’a pas expliqué cette conclusion.

[75] J’ajouterais qu’il n’y avait pas d’argument selon lequel les droits garantis à la demanderesse par la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*] ont été violés par la politique, bien que, dans les plaidoiries, il ait été fait mention de la décision *Neale c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 655, et du *Renvoi relatif au Règlement sur la sûreté du transport maritime*, 2009 CAF 234.

IX. Conclusion

[76] I conclude that the Decision fails to meet the test of reasonableness established by the Supreme Court of Canada in *Dunsmuir*. It is unreasonable because it does not fall within the range of possible, acceptable outcomes which are defensible in respect of the facts and law. The Decision must therefore be set aside and re-determined.

X. Costs

[77] Costs should follow the event and therefore the applicant is entitled to costs of this application. The parties shall have 15 days to make submissions on an appropriate lump sum cost award if they are unable to agree.

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is granted.
2. The Decision of the Minister dated October 13, 2015, is set aside.
3. The applicant's application is remanded to a different decision maker for redetermination.
4. The applicant shall have her costs.
5. The parties shall have 15 days to make submissions on an appropriate lump sum cost award if they are unable to agree.

## APPENDIX

*Aeronautics Act*—relevant sections

IX. Conclusion

[76] Je conclus que la décision ne satisfait pas au critère de la décision raisonnable établi par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Dunsmuir*. La décision est déraisonnable parce qu'elle ne fait pas partie des issues possibles et acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit. La décision doit donc être annulée et faire l'objet d'un nouvel examen.

X. Dépens

[77] Les dépens doivent suivre l'issue de la cause et, par conséquent, la demanderesse a droit aux dépens relatifs à la présente demande. Les parties disposent d'un délai de 15 jours pour présenter des observations sur un montant forfaitaire adéquat pour les dépens si elles ne parviennent pas à s'entendre.

## JUGEMENT

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie.
2. La décision du ministre datée du 13 octobre 2015 est annulée.
3. La demande de la demanderesse est renvoyée à un différent décideur pour révision.
4. La demanderesse a droit à ses dépens.
5. Les parties disposent d'un délai de 15 jours pour présenter des observations sur un montant forfaitaire adéquat pour les dépens si elles ne parviennent pas à s'entendre.

## ANNEXE

*Loi sur l'aéronautique* — articles pertinents

## Responsibilities of Minister

## Attributions du ministre

**Minister's responsibilities respecting aeronautics****Mission**

**4.2 (1)** The Minister is responsible for the development and regulation of aeronautics and the supervision of all matters connected with aeronautics and, in the discharge of those responsibilities, the Minister may

**4.2 (1)** Le ministre est chargé du développement et de la réglementation de l'aéronautique, ainsi que du contrôle de tous les secteurs liés à ce domaine. À ce titre, il peut :

...

[...]

(n) subject to subsection (2), investigate matters relating to aviation safety; and

n) sous réserve du paragraphe (2), procéder à des enquêtes sur tout aspect intéressant la sécurité aéronautique;

(o) undertake such other activities in relation to aeronautics as the Minister considers appropriate or as the Governor in Council may direct.

o) entreprendre, à son initiative ou sur les instructions du gouverneur en conseil, toute autre activité liée à l'aéronautique.

...

[...]

## Security Clearances

## Habilitations de sécurité

**Granting, suspending, etc.****Délivrance, refus, etc.**

**4.8** The Minister may, for the purposes of this Act, grant or refuse to grant a security clearance to any person or suspend or cancel a security clearance.

**4.8** Le ministre peut, pour l'application de la présente loi, accorder, refuser, suspendre ou annuler une habilitation de sécurité.

*Canadian Aviation Security Regulations*  
—relevant sections

*Règlement canadien de 2012 sur la sûreté aérienne*  
— articles pertinents

## Issuance of Restricted Area Identity Cards

## Délivrance des cartes d'identité de zone réglementée

**Issuance criteria****Critères de délivrance**

**146 (1)** The operator of an aerodrome must not issue a restricted area identity card to a person unless the person

**146 (1)** Il est interdit à l'exploitant d'un aéroport de délivrer une carte d'identité de zone réglementée à une personne à moins qu'elle ne réponde aux conditions suivantes :

(a) applies in writing;

a) elle présente une demande par écrit;

(b) is sponsored in writing by their employer;

b) elle est parrainée par écrit par son employeur;

(c) has a security clearance;

c) elle possède une habilitation de sécurité;

(d) consents in writing to the collection, use, retention, disclosure and destruction of information for the purposes of this Division; and

d) elle consent par écrit à la collecte, à l'utilisation, à la conservation, à la communication et à la destruction des renseignements pour l'application de la présente section;

(e) confirms that the information displayed on the card is correct.

Transportation Security Clearance Program  
—relevant sections

**Refusal/Cancellation/Suspension**

I.5

Any person who is denied a clearance, or any person whose clearance is suspended or cancelled, shall be advised in writing of

1. the refusal, cancellation or suspension; and
2. the reason or reasons for the refusal, cancellation or suspension unless the information is exempted under the Privacy Act; and
3. the right to redress.

...

**Cancellation of Security Clearance**

II.23

1. The Supervisor of the enrolment site shall notify the Director, Security Screening Programs in writing when a security clearance is no longer required by its holder.
2. A security clearance will be cancelled upon receipt of notification in accordance with subsection (1).

...

**Subsequent Applications**

II.36

If the Minister refuses to grant or cancel a security clearance, an applicant may submit a new application only if:

- (a) a period of five (5) years has elapsed after the day of the refusal or cancellation; or
- (b) a change has occurred in the circumstances that led to the refusal or cancellation.

...

e) elle confirme l'exactitude des renseignements qui figurent sur la carte.

La politique sur le Programme d'habilitation de sécurité en matière de transport — articles pertinents

**Refus/Annulation/Suspension**

I.5

Toute personne à qui l'on refuse une habilitation ou dont ladite habilitation est suspendue ou annulée, sera avisée par écrit :

1. du refus, de l'annulation ou de la suspension; et
2. de la raison ou des raisons justifiant le refus, l'annulation ou la suspension à moins que les renseignements ne soient exemptés en vertu de la Loi sur la protection des renseignements personnels; et
3. du droit à un redressement.

[...]

**Annulation de l'habilitation**

II.23

1. Le Superviseur du Bureau de contrôle des laissez-passer avisera par écrit le Directeur, programmes de filtrage de sécurité à l'effet qu'un détenteur n'a plus besoin de son habilitation.
2. Une habilitation sera annulée sur réception d'un avis à cette fin, conformément au sous-alinéa (1).

[...]

**Demandes Ultérieures**

II.36

Si le Ministre refuse ou révoque une autorisation, le demandeur peut soumettre une nouvelle demande seulement si :

- (a) une période de cinq (5) années s'est écoulée suivant la date du refus ou de l'annulation; ou
- (b) un changement à eu lieu dans les circonstances qui ont menées au refus ou à l'annulation.

[...]

**Notification of a Refusal or Cancellation**

II.41

1. Where the Minister has refused or cancelled a security clearance, a notice shall be given to the individual and to the Airport Security Manager.
2. The notification to the applicant that a security clearance is refused or cancelled shall refer to the redress described in section II.45 and shall be sent by registered mail to the last known address.

...

**Redress**

II.45

When a security clearance is cancelled or an application for a security clearance is refused an application for review may be directed to the Federal Court of Canada - Trial Division within thirty (30) days of the receipt of the notice of cancellation or refusal.

**Avis d'un refus ou d'une annulation**

II.41

1. Lorsque le ministre refuse ou annule une habilitation, un avis sera donné à cet effet au candidat et au gestionnaire de la sécurité aéroportuaire.
2. L'avis du refus ou de l'annulation de l'habilitation contiendra une référence au processus de redressement décrit à l'article II.45 et sera adressé par courrier recommandé à la dernière adresse connue du candidat.

[...]

**Redressement**

II.45

Lorsqu'une habilitation est révoquée ou qu'une demande d'habilitation est refusée une demande d'examen peut être adressée à la Cour fédérale du Canada, Division de première instance, dans les trente (30) jours suivant la réception de l'avis de révocation ou de refus en supposant que la personne visée ne soit pas décrite dans l'alinéa (a).

A-35-16  
2016 FCA 300

A-35-16  
2016 CAF 300

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(Appellant)

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

v.

c.

**Binder Singh** (Respondent)

**Binder Singh** (intimé)

**INDEXED AS: CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**  
**v. SINGH**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**  
**c. SINGH**

Federal Court of Appeal, Stratas, Webb and Woods  
JJ.A.—Toronto, November 24, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Webb et Woods,  
J.C.A.—Toronto, 24 novembre 2016.

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Appeal from Federal Court decision allowing respondent's application for judicial review of Refugee Protection Division (RPD) decision determining that respondent not Convention refugee or person in need of protection — RPD excluding respondent for criminality under United Nations Convention Related to the Status of Refugees (Refugee Convention), Art. 1F, finding no credible basis for refugee claim — Federal Court finding RPD precluded under Immigration and Refugee Protection Act from making "no credible basis" finding under s. 107(2) once person determined not to be Convention refugee or person in need of protection — Whether Federal Court selecting proper standard of review, properly reviewing administrative decision — Federal Court erring in holding standard of review correctness — Nature of RPD decision one of statutory interpretation — RPD considering its powers under Act — Supreme Court of Canada (S.C.C.) repeatedly holding that standard of review presumed to be reasonableness in such cases — Fact RPD not considering statutory interpretation issues not recognized by S.C.C. as reason to depart from reasonableness review — In any event, even on standard of reasonableness, RPD's decision unreasonable — Issue before Court related to subject-matter jurisdiction of RPD — Once RPD finding claimant excluded under Refugee Convention, Art. 1F, precluded from determining that claim has no credible basis or is manifestly unfounded — Appeal dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — Appel d'une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimé à l'encontre d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) qui a statué que l'intimé n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention ni celle de personne à protéger — La SPR a exclu l'intimé pour criminalité, conformément à la section F de l'article premier de la Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés (Convention sur les réfugiés), ayant conclu qu'il y avait absence de minimum de fondement dans la demande d'asile — La Cour fédérale a conclu qu'il était interdit à la SPR, en vertu de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés, de tirer une conclusion d'« absence de minimum de fondement » en vertu de l'art. 107(2) de la Loi, une fois que la SPR détermine qu'une personne n'est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et, le cas échéant, si la Cour fédérale a correctement examiné la décision administrative — La Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte — La nature de la décision de la SPR concernait l'interprétation de la loi — La SPR s'est penchée sur les pouvoirs qui lui sont conférés en vertu des dispositions de la Loi — La Cour suprême du Canada (C.S.C.) a conclu à maintes reprises qu'il fallait présumer que la norme de contrôle était celle de la décision raisonnable dans de tels cas — Bien que la SPR n'ait pas abordé les questions touchant à l'interprétation de la loi, la C.S.C. n'a pas reconnu que c'était là une raison pour s'éloigner d'une révision selon la norme de la décision raisonnable — Même en fonction de la norme de la décision raisonnable, la décision de la SPR était déraisonnable — La question dont la Cour a été saisie concernait la compétence d'attribution de la SPR — Une fois que la SPR a conclu que le demandeur d'asile est exclu en vertu de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés, il lui est interdit de conclure*

This was an appeal from a decision of the Federal Court allowing the respondent's application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division that the respondent is not a Convention refugee or a person in need of protection.

The RPD determined that the respondent falls within the criminality exclusion in Article 1F of the *United Nations Convention Related to the Status of Refugees* (Refugee Convention) and that there was no credible basis for his refugee claim. The Federal Court found that once the RPD determines that a person is not a Convention refugee or a person in need of protection because of an exclusion under section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, the RPD is precluded under the Act from making a "no credible basis" finding under subsection 107(2) of the Act. The appellant submitted that the Federal Court erred on this statutory interpretation issue.

At issue was whether the Federal Court selected the proper standard of review and, if so, properly reviewed the administrative decision using that standard of review.

*Held*, the appeal should be dismissed.

The Federal Court erred in holding that the standard of review was correctness. The nature of the administrative decision by the RPD under review was one of statutory interpretation. The RPD was considering its powers under the refugee protection provisions of the Act closely connected to its function. The Supreme Court has repeatedly held that reviewing courts in such cases must presume that the standard of review is reasonableness. The Federal Court held that the RPD did not consider the statutory interpretation issues and so its decision was reviewed on the basis of correctness. The Supreme Court has not recognized this as a reason to depart from reasonableness review. In the end, the standard of review did not matter. Even on the standard of reasonableness, the RPD's decision was unreasonable. The issue herein related to the subject-matter jurisdiction of the RPD, a live issue even if the parties before the RPD failed to raise it. An administrator cannot be clothed with subject-matter jurisdiction it does not have. The certified question stated by the Federal Court was broader than necessary for the facts of this case. There is no question that the RPD is entitled to make "no credible basis" findings under subsection 107(2) of the Act in some circumstances. However, after the RPD has

*qu'une demande d'asile n'a pas de fondement crédible ou qu'elle est manifestement infondée — Appel rejeté.*

Il s'agissait d'un appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale qui a accueilli la demande de contrôle judiciaire de l'intimé à l'encontre d'une décision de la Section de la protection des réfugiés qui a statué que l'intimé n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention ni celle de personne à protéger.

La SPR a conclu que l'intimé n'est pas un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger, parce que la clause d'exclusion pour criminalité, prévue à la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés* (la Convention sur les réfugiés) s'appliquait à son cas et qu'il y avait absence de minimum de fondement dans sa demande d'asile. La Cour fédérale a conclu qu'une fois que la SPR détermine qu'une personne n'est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger en raison de la clause d'exclusion de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, il lui est interdit, en vertu de la Loi, de tirer une conclusion d'« absence de minimum de fondement » en vertu du paragraphe 107(2) de la Loi. L'appelant a fait valoir que la Cour fédérale a commis une erreur sur cette question d'interprétation de la loi.

Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et, le cas échéant, si elle a correctement examiné la décision administrative en fonction de cette norme de contrôle.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

La Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte. La nature de la décision administrative de la SPR faisant l'objet du contrôle concernait l'interprétation de la loi. La SPR s'est penchée sur les pouvoirs qui lui sont conférés en vertu des dispositions de la Loi étroitement liées à son mandat. La Cour suprême a maintenu à maintes reprises que les cours de révision doivent, dans des affaires de ce type, présumer que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable. La Cour fédérale a conclu que la SPR n'avait pas abordé les questions touchant à l'interprétation de la loi, et que par conséquent sa décision devait être examinée selon la norme de la décision correcte. La Cour suprême n'a pas reconnu que c'était là une raison pour s'éloigner d'une révision selon la norme de la décision raisonnable. En fin de compte, la norme de contrôle importait peu en l'espèce. Même en fonction de la norme de la décision raisonnable, la décision de la SPR était déraisonnable. La question en l'espèce concernait la compétence d'attribution de la SPR, une question réelle même si les parties devant la SPR ne l'ont pas soulevée. Un administrateur ne peut exercer une compétence d'attribution qu'il n'a pas. La question certifiée formulée par

found that the claimant is excluded in Article 1F of the Refugee Convention, it is precluded from determining that a claim has no credible basis or is manifestly unfounded.

la Cour fédérale était plus large que nécessaire en fonction des faits en l'espèce. Il ne fait pas de doute que la SPR est autorisée à tirer des conclusions d'« absence de minimum de fondement » en vertu du paragraphe 107(2) de la Loi, dans certaines circonstances. Cependant, une fois que la SPR a conclu que le demandeur d'asile est exclu en vertu de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés, il lui est interdit de conclure qu'une demande d'asile n'a pas de fondement crédible ou qu'elle est manifestement infondée.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 98, 107(2).

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

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

#### CASES CITED

##### FOLLOWED:

*Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909.

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190.

##### REFERRED TO:

*Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559; *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654; *Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 250, [2005] 1 F.C.R. 304; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418; *Canada (Citizenship and Immigration) v. R. K.*, 2016 FCA 272; *Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company*, 2016 FCA 284; *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513.

APPEAL from a Federal Court decision (2015 FC 1415, [2016] 3 F.C.R. 248) allowing the respondent's

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 98, 107(2).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6, Art. 1F.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS SUIVIES :

*Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909.

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559; *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 250, [2005] 1 R.C.F. 304; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. R. K.*, 2016 CAF 272; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. BNSF Railway Company*, 2016 CAF 284; *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2015 CF 1415, [2016] 3 R.C.F. 248) qui a accueilli la demande

application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division. Appeal dismissed.

de contrôle judiciaire de l'intimé à l'encontre d'une décision de la Section de la protection des réfugiés. Appel rejeté.

APPEARANCES

*Martin Anderson and Christopher Crighton* for appellant.  
*Prasanna Balasundaram and Asiya Hirji* for respondent.

ONT COMPARU

*Martin Anderson et Christopher Crighton* pour l'appellant.  
*Prasanna Balasundaram et Asiya Hirji* pour l'intimé.

SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Downtown Legal Services, Toronto, and Mamann, Sandaluk & Kingwell LLP, Toronto,* for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appellant.  
*Downtown Legal Services, Toronto, et Mamann, Sandaluk & Kingwell LLP, Toronto,* pour l'intimé.

*The following are the reasons for judgment of the Court delivered orally by*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement de la Cour prononcés à l'audience par*

[1] STRATAS J.A.: The Minister appeals from the judgment of the Federal Court (*per* Annis J.): 2015 FC 1415, [2016] 3 F.C.R. 248. The Federal Court granted Mr. Singh's application for judicial review from a decision of the Refugee Protection Division.

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Le ministre interjette appel du jugement rendu par le juge Annis de la Cour fédérale (2015 CF 1415, [2016] 3 R.C.F. 248). La Cour fédérale a accueilli la demande de contrôle judiciaire de M. Singh à l'encontre de la décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR).

[2] The Refugee Protection Division (or RPD) determined that Mr. Singh is not a Convention refugee or a person in need of protection because he falls within the criminality exclusion in Article 1F of the *United Nations Convention Related to the Status of Refugees*, 28 July 1951, [1969] Can. T.S. No. 6 [Refugee Convention]. That exclusion has been made part of Canadian law by section 98 of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act). The RPD went on to find under subsection 107(2) of the Act that there is no credible basis for Mr. Singh's refugee claim.

[2] La SPR a conclu que M. Singh n'est pas un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger, parce que la clause d'exclusion pour criminalité, prévue à la section F de l'article premier de la *Convention des Nations Unies relative au statut des réfugiés*, 28 juillet 1951, [1969] R.T. Can. n° 6 (la Convention sur les réfugiés), s'applique à son cas. Cette clause d'exclusion fait partie intégrante du droit canadien en vertu de l'article 98 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi). La SPR a de plus conclu qu'il y avait absence de minimum de fondement dans la demande d'asile de M. Singh, en vertu du paragraphe 107(2) de la Loi.

[3] The central issue before the Federal Court was one of statutory interpretation. Once the RPD determines that a person is not a Convention refugee or a person in need of protection because of a section 98 exclusion, is the RPD precluded under the Act from making a "no

[3] La question centrale dont était saisie la Cour fédérale portait sur l'interprétation de la loi. Une fois que la SPR détermine qu'une personne n'est ni un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger en raison de la clause d'exclusion de l'article 98, lui est-il

credible basis” finding under subsection 107(2) of the Act?

[4] The Federal Court answered this in the affirmative. It set aside the decision of the RPD and remitted the matter back to it to dismiss Mr. Singh’s application solely on the ground that he is not a Convention refugee or a person in need of protection under Article 1F of the Refugee Convention and section 98 of the Act.

[5] The Minister appeals to this Court, submitting that the Federal Court erred on this statutory interpretation issue.

[6] On appeal from a judicial review, we are first to determine whether the Federal Court selected the proper standard of review and, if so, determine whether the Federal Court properly reviewed the administrative decision using that standard of review. If the Federal Court did not select the proper standard of review, we are to review the administrative decision using the proper standard of review. See *Agraira v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2013 SCC 36, [2013] 2 S.C.R. 559, at paragraphs 45–47.

[7] The Federal Court held that the standard of review is correctness. We disagree.

[8] The first step in determining the standard of review is to characterize the nature of the administrative decision under review: *Delios v. Canada (Attorney General)*, 2015 FCA 117, 472 N.R. 171, at paragraphs 18 and 26–28; *Canada (Attorney General) v. Boogaard*, 2015 FCA 150, 474 N.R. 121, at paragraph 36.

[9] Here, the RPD’s decision is one of statutory interpretation. The RPD was considering its powers under the refugee protection provisions of the Act, statutory provisions “closely connected to its function, with which it will have particular familiarity”: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 54. In *Dunsmuir* and in a number of later cases, the Supreme Court has repeatedly held that reviewing

interdit, en vertu de la Loi, de tirer une conclusion d’« absence de minimum de fondement » en vertu du paragraphe 107(2) de la Loi?

[4] La Cour fédérale a répondu à cette question par l’affirmative. Elle a annulé la décision de la SPR et lui a renvoyé l’affaire pour qu’elle rejette la demande de M. Singh uniquement au motif qu’il n’est pas un réfugié au sens de la Convention ni une personne à protéger en vertu de la section F de l’article premier de la Convention sur les réfugiés et de l’article 98 de la Loi.

[5] Le ministre interjette appel devant la Cour d’appel fédérale, affirmant que la Cour fédérale a commis une erreur sur cette question d’interprétation de la loi.

[6] Lors d’un appel relatif à un contrôle judiciaire, nous devons d’abord décider si la Cour fédérale a choisi la norme de contrôle appropriée et, le cas échéant, si la Cour fédérale a correctement examiné la décision administrative en fonction de cette norme de contrôle. Si la Cour fédérale n’a pas choisi la norme de contrôle appropriée, nous devons examiner la décision administrative en fonction de la bonne norme de contrôle. Voir l’arrêt *Agraira c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2013 CSC 36, [2013] 2 R.C.S. 559, aux paragraphes 45 à 47.

[7] La Cour fédérale a conclu que la norme de contrôle applicable était la norme de la décision correcte. Nous ne sommes pas d’accord.

[8] La première étape pour déterminer la norme de contrôle pertinente consiste à qualifier la nature de la décision administrative faisant l’objet du contrôle : *Delios c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 117, aux paragraphes 18 et 26 à 28; *Canada (Procureur général) c. Boogaard*, 2015 CAF 150, au paragraphe 36.

[9] En l’espèce, la décision de la SPR concerne l’interprétation de la loi. La SPR s’est penchée sur les pouvoirs qui lui sont conférés en vertu des dispositions de la Loi sur la protection des réfugiés, dispositions « étroitement liée[s] à son mandat et dont [elle] a une connaissance approfondie » : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 54. Dans l’arrêt *Dunsmuir* et dans un certain nombre d’arrêts

courts in such cases must presume that the standard of review is reasonableness: see, e.g., *Edmonton (City) v. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 SCC 47, [2016] 2 S.C.R. 293; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654.

[10] The Federal Court held (at paragraph 26) that the RPD did not consider the statutory interpretation issues and so its decision should be reviewed on the basis of correctness. We disagree. The Supreme Court has not recognized this as a reason to depart from reasonableness review. Indeed, in *Edmonton East*, above, the assessment board in that case did not explicitly consider its statutory powers or engage in statutory interpretation because of a concession made by the parties before it. In *Kanhasamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, the visa officer did not explicitly consider her statutory powers or engage in statutory interpretation. Nevertheless, the Supreme Court held that reasonableness must be presumed as the standard of review. We are bound by these cases. Further, by doing what it did, perhaps the RPD can be taken to have implicitly accepted it had jurisdiction.

[11] In his memorandum of fact and law, the respondent defends the Federal Court's decision to review the RPD's decision on the basis of correctness because issues of international law are involved. In our view, the only possible international law element in this case is the RPD's decision to exclude Mr. Singh under Article 1F of the Refugee Convention. But the judicial review in the Federal Court and this appeal in this Court do not concern that issue. Rather, the issue is how certain provisions of the Act, a domestic Canadian statute, should be interpreted. As is seen by the Federal Court's analysis of those sections and by the Minister's

qui ont suivi, la Cour suprême du Canada a maintenu à maintes reprises que les cours de révision doivent, dans des affaires de ce type, présumer que la norme de contrôle est celle de la décision raisonnable : voir, par exemple, l'arrêt *Edmonton (Ville) c. Edmonton East (Capilano) Shopping Centres Ltd.*, 2016 CSC 47, [2016] 2 R.C.S. 293; l'arrêt *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654.

[10] La Cour fédérale a conclu (au paragraphe 26) que la SPR n'avait pas abordé les questions touchant à l'interprétation de la loi, et que par conséquent sa décision devait être examinée selon la norme de la décision correcte. Nous ne sommes pas d'accord. La Cour suprême n'a pas reconnu que c'était là une raison pour s'éloigner d'une révision selon la norme de la décision raisonnable. En fait, dans l'arrêt *Edmonton East*, précité, le comité des évaluations foncières en cause ne s'était pas explicitement penché sur les pouvoirs que lui conférait la loi et ne s'était pas non plus engagé dans un exercice d'interprétation de la loi, en raison d'une concession faite par les parties au litige. Dans l'arrêt *Kanhasamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, l'agente des visas ne s'est pas explicitement penchée sur les pouvoirs qui lui étaient conférés en vertu de la loi, et ne s'est pas engagée non plus dans un exercice d'interprétation de la loi. Néanmoins, la Cour suprême a conclu qu'il fallait présumer que la norme de contrôle était celle de la décision raisonnable. Nous sommes liés par cette jurisprudence. En outre, en faisant ce qu'elle a fait, la SPR a peut-être implicitement accepté qu'elle avait compétence.

[11] Dans son mémoire des faits et du droit, l'intimé défend la décision de la Cour fédérale d'examiner la décision de la SPR selon la norme de la décision correcte, parce que des questions de droit international sont en jeu. À notre avis, en l'espèce, le seul élément qui pourrait avoir trait au droit international concerne la décision de la SPR d'exclure M. Singh en vertu de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés. Mais le contrôle judiciaire devant la Cour fédérale et le présent appel devant la Cour ne portent pas sur cette question. La question qui nous occupe est plutôt de déterminer comment certaines dispositions de

submissions in this Court, the content of international law does not bear on this issue.

[12] In the end, the standard of review does not matter in this case. Even on the standard of reasonableness, we consider the RPD's decision to be unreasonable substantially for the reasons of the Federal Court. We substantially agree with the Federal Court's analysis of the relevant provisions of the Act and how they interrelate.

[13] We also agree with the Federal Court's conclusion that this Court's decision in *Xie v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FCA 250, [2005] 1 F.C.R. 304, supports its interpretation of the relevant provisions of the Act.

[14] The Minister submits that the policy objectives of simplicity and conservation of resources bear upon the statutory interpretation process and impel us to accept its view of how the provisions of the Act interrelate. While in the abstract those policy objectives are laudable, we must interpret the Act in accordance with its specific text, surrounding context in the Act and the genuine purposes of the Act: *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27. Following that methodology, which the Federal Court also followed, we substantially agree with the Federal Court's analysis. In any event, for the reasons set out in paragraphs 73–76 of Mr. Singh's memorandum, we are not persuaded that the Minister's interpretation of the relevant provisions necessarily advances simplicity and conservation of resources; indeed, a complicated web of overlapping decision makers and authorities for different aspects of an RPD decision would remain.

[15] The Minister submits that, on the basis of this Court's recent decision of *Canada (Citizenship and Immigration) v. R. K.*, 2016 FCA 272 and *Alberta Teachers'*, above, the statutory interpretation issue here was not before the Federal Court in the sense that the

la Loi, une loi canadienne, devraient être interprétées. Comme le montre l'analyse faite par la Cour fédérale de ces dispositions et les observations du ministre devant la Cour, la teneur du droit international n'a rien à voir avec la question.

[12] En fin de compte, la norme de contrôle importe peu en l'espèce. Même en fonction de la norme de la décision raisonnable, nous jugeons que la décision de la SPR était déraisonnable, essentiellement pour les mêmes motifs que la Cour fédérale. Pour l'essentiel, nous sommes d'accord avec l'analyse faite par la Cour fédérale des dispositions pertinentes de la Loi et des liens entre elles.

[13] Nous sommes également d'accord avec la conclusion de la Cour fédérale selon laquelle la décision de la Cour dans l'arrêt *Xie c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CAF 250, [2005] 1 R.C.F. 304, appuie son interprétation des dispositions pertinentes de la Loi.

[14] Le ministre affirme que les objectifs de simplicité et d'économie des ressources concernent le processus d'interprétation des lois et nous obligent à accepter son point de vue sur les liens entre les dispositions de la Loi. Bien que dans l'abstrait ces objectifs soient louables, nous devons interpréter la Loi conformément à son libellé, au contexte global prévu dans la Loi et aux véritables objets de la Loi : *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27. Si nous suivons cette méthodologie, que la Cour fédérale a également suivie, nous sommes dans l'ensemble d'accord avec l'analyse de la Cour fédérale. Quoi qu'il en soit, pour les motifs énoncés aux paragraphes 73 à 76 du mémoire de M. Singh, nous ne sommes pas convaincus que l'interprétation du ministre des dispositions pertinentes défend nécessairement les principes de simplicité et d'économie des ressources; en fait, il y aura toujours un enchevêtrement complexe de décideurs et d'autorités concernant les différents aspects de toute décision de la SPR.

[15] Le ministre affirme que, selon le jugement que nous avons récemment rendu dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. R. K.*, 2016 CAF 272, et dans l'arrêt *Alberta Teachers'*, précité, la question de l'interprétation de la loi qui nous occupe en l'espèce n'a

statutory interpretation issue was not raised by the RPD. Thus, the Minister submits that the Federal Court should not have stated the question for the consideration of this Court.

[16] This was not a barrier to this Court or the Supreme Court in *Kanhasamy*, above, considering the issue. Further, the “new issue” objection, a discretionary one, was not raised in the Federal Court, does not appear in the notice of appeal, and was not raised in the Minister’s memorandum. Finally, in our view, the issue before us relates to the subject-matter jurisdiction of the RPD, an issue that is live even if the parties before the RPD failed to raise it. An administrator cannot be clothed with subject-matter jurisdiction it does not have: see *Canadian National Railway Company v. BNSF Railway Company*, 2016 FCA 284, at paragraph 23 and the authorities cited therein in the context of the subject-matter jurisdiction of a court, but equally applicable to administrative bodies; see also *Tranchemontagne v. Ontario (Director, Disability Support Program)*, 2006 SCC 14, [2006] 1 S.C.R. 513, at paragraph 16.

[17] The Federal Court stated the following question for the consideration of this Court:

Considering the authority of the RPD under subsection 107(2) and section 107.1 of the IRPA to determine that a claim has no credible basis or is manifestly unfounded, is the RPD precluded from making such determinations after, or in the alternative, to its findings that the claimant is excluded under section F of Article 1 of the Refugee Convention?

[18] The question stated by the Federal Court is broader than is necessary for the facts of this case. There is no question that the RPD is entitled to make “no credible basis” findings under subsection 107(2) of the Act in some circumstances. Therefore, we would reformulate the question as follows:

pas été soumise à la Cour fédérale, dans le sens où la question de l’interprétation de la loi n’a pas été soulevée par la SPR. Ainsi, le ministre affirme que la Cour fédérale n’aurait pas dû formuler la question dont est saisie la Cour.

[16] Ce n’était pas un obstacle pour la Cour ou pour la Cour suprême dans l’arrêt *Kanhasamy*, précité, compte tenu de la question en litige. En outre, l’objection à la « nouvelle question », une objection discrétionnaire, n’a pas été soulevée devant la Cour fédérale, n’apparaît pas dans l’avis d’appel et n’a pas été soulevée dans le mémoire du ministre. Enfin, à notre avis, la question dont nous sommes saisis concerne la compétence d’attribution de la SPR, une question réelle même si les parties devant la SPR ne l’ont pas soulevée. Un administrateur ne peut exercer une compétence d’attribution qu’il n’a pas : voir l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. BNSF Railway Company*, 2016 CAF 284, au paragraphe 23, et la jurisprudence citée à cet égard dans le contexte de la compétence d’attribution d’une cour, mais qui peut également s’appliquer aux tribunaux administratifs; voir également l’arrêt *Tranchemontagne c. Ontario (Directeur du Programme ontarien de soutien aux personnes handicapées)*, 2006 CSC 14, [2006] 1 R.C.S. 513, au paragraphe 16.

[17] La Cour fédérale a certifié la question suivante, dont est saisie la Cour :

Compte tenu du pouvoir conféré à la SPR aux termes du paragraphe 107(2) et de l’article 107.1 de la LIPR de déterminer qu’une demande d’asile n’a pas de fondement crédible ou qu’elle est manifestement infondée, est-il interdit à la SPR de rendre une telle décision après avoir conclu que le demandeur d’asile est exclu au titre de la section F de l’article premier de la Convention sur les réfugiés, ou de le faire à titre subsidiaire?

[18] La question formulée par la Cour fédérale est plus large que nécessaire en fonction des faits en l’espèce. Il ne fait pas de doute que la SPR est autorisée à tirer des conclusions d’« absence de minimum de fondement » en vertu du paragraphe 107(2) de la Loi, dans certaines circonstances. Par conséquent, nous reformulerions la question de la façon suivante :

Considering the authority of the Refugee Protection Division under subsection 107(2) and section 107.1 of the *Immigration and Refugee Protection Act* to determine that a claim has no credible basis or is manifestly unfounded, is the Refugee Protection Division precluded from making such a determination after it has found that the claimant is excluded under section F of Article 1 of the Refugee Convention?

We will answer the reformulated question in the affirmative.

[19] Therefore, despite the able submissions of Mr. Anderson, we will dismiss the appeal.

Compte tenu du pouvoir conféré à la Section de la protection des réfugiés aux termes du paragraphe 107(2) et de l'article 107.1 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* de déterminer qu'une demande d'asile n'a pas de fondement crédible ou qu'elle est manifestement infondée, est-il interdit à la Section de la protection des réfugiés de rendre une telle décision après avoir conclu que le demandeur d'asile est exclu en vertu de la section F de l'article premier de la Convention sur les réfugiés?

Nous répondrons à la question reformulée par l'affirmative.

[19] C'est pourquoi, en dépit de l'habile argumentation de M<sup>e</sup> Anderson, nous allons rejeter le présent appel.

IMM-3296-15  
2016 FC 1119

IMM-3296-15  
2016 CF 1119

**Carmelo Bruzzese** (*Applicant*)

**Carmelo Bruzzese** (*demandeur*)

v.

c.

**Minister of Public Safety and Emergency Preparedness and Minister of Citizenship and Immigration** (*Respondents*)

**Le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile et le ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration** (*défendeurs*)

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

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

Federal Court, Barnes J.—Toronto, April 25; Ottawa, October 6, 2016.

Cour fédérale, juge Barnes—Toronto, 25 avril; Ottawa, 6 octobre 2016.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Inadmissible Persons — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Immigration Division (Board) decision finding applicant inadmissible under Immigration and Refugee Protection Act, s. 37(1)(a), ordering applicant's deportation — Arrest warrant issued by Italian authorities against applicant for alleged association with criminal organization — Board finding, inter alia, applicant high-ranking member in organization, possessing requisite mens rea for membership — Applicant arguing, inter alia, Board biased, unreasonably determining inadmissibility, compelling applicant's testimony — Main issues whether Board erring by: compelling testimony from applicant, declining to order further production of evidence, giving rise to reasonable apprehension of bias — Board rendering thoughtful, comprehensive decision in finding applicant compellable — Fact applicant required to testify against his interests before Board of no legal consequence — Point of compelling testimony in administrative process to obtain relevant evidence — Process herein carrying no penal consequences — Statutory framework of Inquiries Act permitting Board to compel testimony from applicant — No other collateral proceeding involving applicant — No ulterior purpose served by attempting to elicit incriminating testimony — To properly carry out mandate, Board must have means to compel testimony — Applicant not deprived of meaningful opportunity to answer case against him — Summaries of intercepts from Italian authorities sufficiently particularized to permit meaningful challenge — Exhaustive disclosure by Minister of Public Safety and Emergency Preparedness not necessary for applicant to answer Minister's case — No arguable case for bias made out — No presumption of bias by mere fact adjudicator sitting in judgment over related matters — Here, Board member involved in applicant's detention review careful not to trench into admissibility considerations, making no definitive pronouncements about applicant's credibility — Finally, Board not unfairly depriving applicant of opportunity*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Personnes interdites de territoire — Contrôle judiciaire visant une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (la Commission) selon laquelle le demandeur était interdit de territoire en vertu de l'art. 37(1)a de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Un mandat d'arrestation a été émis par les autorités italiennes à l'égard du demandeur en lien avec sa prétendue association avec une organisation criminelle — La Commission a entre autres jugé que le demandeur était un membre haut placé de l'organisation et qu'il affichait l'intention criminelle requise pour l'appartenance — Le demandeur a soutenu, entre autres, que la Commission était partielle et qu'elle a commis une erreur en rendant une conclusion déraisonnable d'interdiction de territoire et en obligeant le demandeur à témoigner — Il s'agissait principalement de savoir si la Commission a commis une erreur en contraignant le demandeur à témoigner, en refusant d'ordonner la communication de tous les éléments de preuve et en engendrant une crainte raisonnable de partialité — La Commission a rendu une décision réfléchie et approfondie en concluant que le demandeur était un témoin contraignable — Le fait que le demandeur a été tenu de témoigner contre ses intérêts devant la Commission n'avait aucune conséquence juridique — L'essence même d'obliger une personne à témoigner dans un processus administratif est d'obtenir des éléments de preuve pertinents — Le processus suivi en l'espèce n'a entraîné aucune conséquence pénale — Le cadre législatif de la Loi sur les enquêtes est suffisant pour permettre à la Commission de contraindre le demandeur à témoigner — Aucune procédure parallèle au Canada ne visait le demandeur — Par conséquent, aucun but ultérieur ne pouvait être atteint en essayant d'obtenir un témoignage incriminant à utiliser dans une autre procédure — Pour bien s'acquitter de son mandat, la Commission doit avoir les moyens de contraindre des témoignages — Le demandeur n'a pas été privé d'une occasion*

*to attack respondent Minister of Public Safety and Emergency Preparedness' motives for convening admissibility hearing; applicant having benefit of due process; Board not erring in its attribution of weight to evidence — Application dismissed.*

This was an application for judicial review of a decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (Board) finding the applicant inadmissible under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act* and ordering his deportation.

A warrant for the arrest of the applicant, a citizen of Italy, was issued by the Italian authorities in relation to his alleged association with a criminal organization. The Board found, *inter alia*, that the applicant is a high ranking member in the organization, possesses the requisite *mens rea* for membership, and that the nature of his involvement and the degree of his establishment in the group is well established by evidence. The Board concluded that this connection satisfies the “institutional link” or “knowing participation” in the group’s activities required for a finding of membership. The applicant argued, *inter alia*, that the Board was biased and erred by giving undue weight to certain evidence and by making an unreasonable determination of inadmissibility. He also argued that the Board breached its duty of fairness by compelling his testimony.

The main issues were whether the Board erred: by compelling testimony from the applicant, by declining to order further production of evidence, and by giving rise to a reasonable apprehension of bias.

*Held*, the application should be dismissed.

*significative de répondre à ce qui lui est reproché — Les résumés des conversations interceptées étaient suffisamment détaillés pour permettre une contestation significative — Une divulgation exhaustive de la preuve par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile n’était pas nécessaire pour que le demandeur fournisse une réponse à la preuve produite par ce dernier — Il n’existe aucune présomption de partialité du simple fait qu’un arbitre entend des affaires connexes — En l’espèce, le membre de la Commission qui a participé à l’examen des motifs de détention du demandeur a pris soin de ne pas se retrancher dans des considérations liées à l’interdiction de territoire et ne s’est pas prononcé définitivement sur la crédibilité du demandeur — Enfin, la Commission n’a pas privé injustement le demandeur de la possibilité d’attaquer les motifs du défendeur le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de convoquer une enquête; le demandeur a bénéficié d’une application régulière de la loi; et la Commission n’a pas commis d’erreur dans son attribution du poids aux éléments de preuve — Demande rejetée.*

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire visant une décision de la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié (la Commission) selon laquelle le demandeur était interdit de territoire en vertu de l’alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*.

Un mandat d’arrestation a été émis par les autorités italiennes à l’égard du demandeur, un citoyen de l’Italie, en lien avec sa prétendue association avec une organisation criminelle. La Commission a entre autres jugé que le demandeur était un membre haut placé de l’organisation, qu’il affichait l’intention criminelle requise pour l’appartenance, et que la nature et la qualité de sa participation au groupe étaient bien établies par les éléments de preuve. La Commission a conclu que ce lien satisfaisait aux critères « lien institutionnel » ou « participation consciente » aux activités du groupe qui sont requis pour conclure qu’il était membre de l’organisation. Le demandeur a soutenu, entre autres, que la Commission était partielle et qu’elle a commis une erreur en accordant un poids exagéré à certains éléments de preuve et en tirant une conclusion déraisonnable sur l’interdiction de territoire. Il a également fait valoir que la Commission a manqué à son devoir d’équité en l’obligeant à témoigner.

Il s’agissait principalement de savoir si la Commission a commis une erreur en contraignant le demandeur à témoigner, en refusant d’ordonner la communication de tous les éléments de preuve et en engendrant une crainte raisonnable de partialité.

*Jugement* : la demande doit être rejetée.

The Board rendered a thoughtful and comprehensive decision in finding the applicant compellable. The fact that the applicant was required to testify against his interests before the Board was of no legal consequence. The very point of compelling testimony in an administrative process is to obtain relevant evidence. The process followed here carried no penal consequences and any detention following a finding of inadmissibility would be limited to situations of perceived public danger or where a flight risk is established. The Board conformed with the law. The statutory framework of the *Inquiries Act* is sufficient to permit the Board to compel testimony from the subject of an admissibility hearing, at least to the extent that the predominant purpose is to advance a lawful, legitimate goal. There was no other collateral proceeding in Canada involving the applicant. Therefore, no ulterior purpose could be served by attempting to elicit incriminating testimony. To properly carry out its mandate the Board must have the means to compel testimony and to weigh it against other evidence. To allow a person like the applicant to avoid giving testimony would potentially frustrate the legitimate purposes of the Board's inquiry. The fact that the applicant was not believed by the Board is not a basis for concern. Indeed, the ability to test this evidence is the very rationale for compelling it in the first place.

The applicant was not deprived of a meaningful opportunity to answer the case against him. The summaries of the intercepts were sufficiently particularized to permit a meaningful challenge. The Board decision involved the weighing of evidence and the exercise of discretion. The Board understood that a proper balance was required. In these circumstances, exhaustive disclosure by the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness was not necessary for the applicant to answer the Minister's case. The Minister is not required to search out every scrap of relevant evidence that may be in the possession of a foreign agency, particularly where what is produced is inherently reliable.

The Board's handling of the matters before it was beyond reproach and no arguable case for bias was made out. There is no presumption of bias by the mere fact that an adjudicator sits in judgment over related matters. In this case, there was nothing about the Board member's detention review decision concerning the applicant that suggested a negative predisposition. The member was careful not to trench into admissibility

La Commission a rendu une décision réfléchie et approfondie en concluant que le demandeur était un témoin contraignable. Le fait que le demandeur soit tenu de témoigner contre ses intérêts devant la Commission n'avait aucune conséquence juridique. L'essence même d'obliger une personne à témoigner dans un processus administratif est d'obtenir des éléments de preuve pertinents. Le processus suivi en l'espèce n'entraînait aucune conséquence, et toute détention à la suite d'une conclusion d'interdiction de territoire se limiterait aux situations où un danger public est perçu ou un risque de fuite est établi. Ce que la Commission a fait en l'espèce était conforme au droit. Le cadre législatif de la *Loi sur les enquêtes* est suffisant pour permettre à la Commission de contraindre la personne faisant l'objet d'une audience pour interdiction de territoire à témoigner, du moins dans la mesure où l'objectif principal est de faire valoir un objectif légitime. Aucune procédure parallèle au Canada ne visait le demandeur. Par conséquent, aucun but ultérieur ne pouvait être atteint en essayant d'obtenir un témoignage incriminant à utiliser dans une autre procédure. Pour bien s'acquitter de son mandat, la Commission doit avoir les moyens de contraindre des témoignages et de les apprécier par rapport aux autres éléments de preuve. Le fait de permettre à une personne comme le demandeur d'éviter de témoigner pourrait possiblement nuire aux objectifs légitimes de l'enquête de la Commission. Le fait que la Commission ne croyait pas le demandeur n'est pas préoccupant. En effet, la capacité de vérifier l'exactitude des éléments de preuve est la justification même de la contraignabilité au départ.

Le demandeur n'a pas été privé d'une occasion significative de répondre à ce qui lui est reproché. Les résumés des conversations interceptées étaient suffisamment détaillés pour permettre une contestation significative. La décision de la Commission a fait intervenir une appréciation de la preuve et l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. La Commission a compris qu'il fallait un équilibre approprié. Dans ces circonstances, une divulgation exhaustive de la preuve par le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile n'était pas nécessaire pour que le demandeur fournisse une réponse à la preuve produite par ce dernier. Le ministre n'est pas tenu de chercher chaque élément de preuve pertinent qui pourrait être en possession d'un organisme étranger, particulièrement lorsque les éléments de preuve produits sont intrinsèquement fiables.

La façon dont la Commission a réglé les questions dont elle était saisie est sans reproche et aucune partialité n'a été établie. Il n'existe aucune présomption de partialité du simple fait qu'un arbitre entend des affaires connexes. En l'espèce, rien dans la décision du membre de la Commission d'examiner les motifs de détention du demandeur ne laissait supposer une prédisposition défavorable. Le membre a pris soin de ne

considerations and made no definitive pronouncements about the applicant's credibility.

Finally, the Board did not unfairly deprive the applicant of the opportunity to attack the respondent Minister of Public Safety and Emergency Preparedness' motives for convening an admissibility hearing; the applicant had the benefit of ample due process; and the Board did not err in its attribution of weight to the evidence.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 37(1)(a), 165.  
*Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11, s. 4.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33; *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282.

##### CONSIDERED:

*British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, (1995), 123 D.L.R. (4th) 462; *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, (1995), 141 N.S.R. (2d) 1.

##### REFERRED TO:

*Jaballah (Re)*, 2010 FC 224, [2011] 3 F.C.R. 155; *Arthur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 94, (1992), 98 D.L.R. (4th) 254 (C.A.).

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Immigration Division decision (2015 CanLII 97801) finding the applicant inadmissible under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application dismissed.

#### APPEARANCES

*Barbara Jackman* for applicant.  
*Martin Anderson* and *Ildiko Erdei* for respondents.

pas se retrancher dans des considérations liées à l'interdiction de territoire et ne s'est pas prononcé définitivement sur la crédibilité du demandeur.

Enfin, la Commission n'a pas privé injustement le demandeur de la possibilité d'attaquer les motifs du défendeur le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile de convoquer une enquête; le demandeur a bénéficié d'une application régulière de la loi; et la Commission n'a pas commis d'erreur dans son attribution du poids aux éléments de preuve.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11, art. 4.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 37(1)a), 165.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33; *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Jaballah (Re)*, 2010 CF 224, [2011] 3 R.C.F. 155; *Arthur c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] 1 C.F. 94 (C.A.).

DEMANDE de contrôle judiciaire visant une décision de la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié (2015 CanLII 97801) de juger le demandeur interdit de territoire en vertu de l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande rejetée.

#### ONT COMPARU

*Barbara Jackman* pour le demandeur.  
*Martin Anderson* et *Ildiko Erdei* pour les défendeurs.

## SOLICITORS OF RECORD

*Jackman, Nazami & Associates*, Toronto, for applicant.

*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

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

[1] BARNES J.: This application for judicial review challenges a decision of the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board (the Board [*Bruzzese v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 CanLII 97801]) by which the applicant, Carmelo Bruzzese, was found inadmissible to Canada under paragraph 37(1)(a) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) and ordered deported to Italy. The basis for the Board's decision was its finding that Mr. Bruzzese was a member of an organized crime group, namely the Calabrian organization known as the "Ndrangheta".

### I. Background

[2] Mr. Bruzzese is a citizen of Italy. He acquired Canadian permanent residency in 1974 and is married to a Canadian citizen. Between 1977 and 1990 Mr. Bruzzese mostly lived in Italy, returning on an occasional basis to Canada.

[3] In 2008, Mr. Bruzzese was prosecuted in Italy for being associated with a Sicilian criminal organization. He was ultimately acquitted of that charge. However, in 2010 a warrant for Mr. Bruzzese's arrest was issued by the Italian authorities alleging that he was wanted in relation to his alleged association with the 'Ndrangheta. That warrant made up a significant part of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness' case in the hearing before the Board. The English translation of the warrant came to 910 pages. It contained 16 intercepted conversations referring to Mr. Bruzzese's association with the 'Ndrangheta, including several verbatim discussions. Those intercepts are summarized at pages 87 to 90 of the Board's decision. Other matters covered in the warrant included surveillance evidence

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Jackman, Nazami & Associates*, Toronto, pour le demandeur.

*Le sous-procureur général du Canada* pour les défendeurs.

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

[1] LE JUGE BARNES : La présente demande de contrôle judiciaire concerne une décision prise par la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada (la Commission [*Bruzzese c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CanLII 97801]) selon laquelle Carmelo Bruzzese a été déclaré interdit de territoire aux termes de l'alinéa 37(1)a) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR). La décision de la Commission reposait sur sa conclusion voulant que M. Bruzzese était membre d'un groupe du crime organisé, à savoir une organisation calabraise connue sous le nom de « 'Ndrangheta ».

### I. Contexte

[2] M. Bruzzese est citoyen de l'Italie. Il a obtenu sa résidence permanente au Canada en 1974 et est marié à une citoyenne canadienne. Entre 1977 et 1990, M. Bruzzese a vécu la plus grande partie du temps en Italie, revenant à l'occasion au Canada.

[3] En 2008, M. Bruzzese a été poursuivi en Italie pour son association à une organisation criminelle sicilienne. Il a finalement été acquitté de cette accusation. Cependant, en 2010, un mandat d'arrestation à l'encontre de M. Bruzzese a été émis par les autorités italiennes, alléguant qu'il était recherché en rapport à son association alléguée avec la 'Ndrangheta. Ce mandat formait une partie importante du dossier du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile dans l'audience devant la Commission. La traduction anglaise du mandat a donné lieu à un document de 910 pages. Il comportait 16 conversations interceptées faisant référence à l'association de M. Bruzzese avec la 'Ndrangheta, notamment plusieurs conversations intégrales. Ces interceptions sont résumées aux pages 87 à

depicting Mr. Bruzzese's attendance at meetings with other known members of the 'Ndrangheta. The Board characterized the evidence implicating Mr. Bruzzese in the following way:

In essence, then, the evidence does not depict a depthless or superficial affiliation with the 'Ndrangheta. It is rather revealing and discloses that Mr. Bruzzese is a high ranking member of the 'Ndrangheta, the *Capo*, managing the Grotteria Locale, and making the most important decisions.

He participates in important events of the group, like attending meetings to receive updates, to maintain coordination and to understand the current state of the 'Ndrangheta, attending functions where ranks are conferred, and deliberating on the strategic steps to take to open new *Locali* or to set up control bodies. He fosters relationships with the other branches of the organization, and is involved in conflict resolution and mediation.

Although Mr. Bruzzese testified that he was not a part of the 'Ndrangheta, that he did not know what it means, and that he did not know about its existence prior to his detention, only hearing about it from the Minister when he was detained, the Tribunal is satisfied that this is simply an expedient detachment for him.

In reality, he possesses the requisite *mens rea* for membership. The evidence shows that he is part of the organizational structure of the 'Ndrangheta and knows of its criminal nature and criminal activities; at the very least, he must be deemed to know or imputed with that knowledge, given his leadership role in the organization, and the overwhelming criminal history of the group. [Footnotes omitted.]

[Board's decision, at paragraphs 345–348.]

[4] The Board's reliance on the Italian arrest warrant was based in large measure on the testimony given by Major Giuseppe De Felice. Major De Felice is a high-ranking member of the Carabinieri. He has a law degree and considerable expertise in the workings of Italian

90 de la décision de la Commission. Parmi les autres aspects traités dans le mandat, mentionnons des éléments de preuve obtenus par surveillance montrant M. Bruzzese qui assiste à des réunions avec d'autres membres connus de la 'Ndrangheta. La Commission a caractérisé les éléments de preuve concernant M. Bruzzese comme suit :

Essentiellement, la preuve montre que son affiliation avec la 'Ndrangheta n'est pas sans profondeur ou superficielle. Elle révèle plutôt que M. Bruzzese est un membre haut gradé de la 'Ndrangheta, le *capo*, qui gère le *locale* de Grotteria et prend les décisions les plus importantes.

Il prend part à d'importants événements du groupe, comme des réunions pour recevoir des mises à jour, assurer la coordination et comprendre la situation de la 'Ndrangheta, des cérémonies où des grades sont attribués et des délibérations sur les mesures stratégiques à prendre pour ouvrir de nouveaux *locali* ou mettre sur pied des organes de contrôle. Il noue des relations avec d'autres sections de l'organisation et participe à la résolution des conflits et à la médiation.

M. Bruzzese a témoigné qu'il ne faisait pas partie de la 'Ndrangheta, qu'il ne savait pas ce que cela signifiait et qu'il ignorait l'existence de cette organisation avant sa détention, et qu'il a seulement entendu le ministre en parler pendant sa détention, mais le tribunal est convaincu qu'il s'agit simplement d'un détachement opportun pour lui.

En réalité, M. Bruzzese affiche l'intention coupable requise pour l'appartenance. La preuve montre qu'il fait partie de la structure organisationnelle de la 'Ndrangheta et qu'il en connaît la nature et les activités criminelles; à tout le moins, il faut considérer qu'il possède ces connaissances ou que celles-ci lui sont attribuées, compte tenu du rôle de commandement qu'il assume dans l'organisation et les importants antécédents criminels du groupe. [Notes de bas de page omises.]

[Décision de la Commission, aux paragraphes 345 à 348.]

[4] La confiance de la Commission dans le mandat d'arrestation italien reposait en grande partie sur le témoignage du major Giuseppe De Felice. Le major De Felice est un haut gradé des Carabinieri. Il est titulaire d'un diplôme en droit et a une vaste expertise des

organized crime. He was directly involved in the investigation of the ‘Ndrangheta between 2008 and 2010, and, in that capacity, he was privy to the evidence that concerned Mr. Bruzzese.

[5] Major De Felice testified that in 2008 the Carabinieri obtained judicial authorization to intercept the communications referenced in the arrest warrant. He also described the surveillance that was applied to Mr. Bruzzese and to other persons of interest. The Board summarized the process that was followed for the judicial grant of the arrest warrant, describing it as “thorough”, “circumspect”, “well-considered”, “insightful” and “reliable”. On that basis the Board found the warrant to be a trustworthy description of the Italian criminal case against Mr. Bruzzese and afforded the warrant “significant weight”. In considering the contents of the warrant the Board drew the following conclusions:

That said, the common thread running through the intercepted conversations and the surveillance records is that they reasonably project Mr. Bruzzese as a central figure in the ‘Ndrangheta ranks and at the centre of its operations. Although the length of time he has been in the group is rather unclear, the nature of his involvement and the degree of his establishment in the group is well established by evidence.

...

All of the information considered demonstrates that Mr. Bruzzese integrally belongs to the ‘Ndrangheta. That connection would satisfy that “institutional link” or “knowing participation” in the group’s activities required for a finding of membership, that was endorsed in *Sinnajah v. Canada (M.C.I.)*. Consequently, the Tribunal is satisfied that Mr. Bruzzese unreservedly meets the broad and unrestricted test for membership in the organized crime group ‘Ndrangheta. [Footnotes omitted; underlining in original.]

[Board’s decision, at paragraphs 335 and 349.]

rouages du crime organisé italien. Il a participé directement à l’enquête sur la ‘Ndrangheta entre 2008 et 2010 et, à ce titre, il était au courant des éléments de preuve concernant M. Bruzzese.

[5] Le major De Felice a dit dans son témoignage qu’en 2008, les Carabinieri ont obtenu l’autorisation légale d’intercepter les communications mentionnées dans le mandat d’arrestation. Il a aussi décrit la surveillance dont ont fait l’objet M. Bruzzese et d’autres personnes d’intérêt. La Commission a résumé le processus suivi pour l’autorisation légale du mandat d’arrestation, le décrivant comme étant un processus [TRADUCTION] « approfondi », « circonspect », « circonstancié », « révélateur » et « fiable ». Pour ces motifs, la Commission a conclu que le mandat constituait une description digne de foi du dossier criminel italien à l’encontre de M. Bruzzese et a accordé au mandat un « poids important ». Par son examen du contenu du mandat, la Commission a tiré les conclusions suivantes :

Cela dit, le dénominateur commun des conversations interceptées et des dossiers de surveillance est le fait qu’ils montrent raisonnablement que M. Bruzzese est une figure centrale dans les rangs de la ‘Ndrangheta et qu’il est au cœur des opérations de cette organisation. Même s’il n’est pas vraiment clair depuis combien de temps il fait partie du groupe, la nature de sa participation et son degré d’établissement dans le groupe sont bien démontrés par la preuve.

[...]

Tous les renseignements examinés démontrent que M. Bruzzese fait partie intégrante de la ‘Ndrangheta. Ce lien satisferait aux critères « liens institutionnels » ou « participation consciente » aux activités du groupe, critères qu’il faut remplir pour conclure que l’intéressé « fait partie » de l’organisation, comme il a été confirmé dans l’affaire *Sinnajah c. Canada (M.C.I.)*. Par conséquent, le tribunal est convaincu que M. Bruzzese remplit sans réserve le critère de l’interprétation large et libérale de l’appartenance au groupe criminel organisé qu’est la ‘Ndrangheta. [Notes de bas de page omises; soulignement dans l’original.]

[Décision de la Commission, aux paragraphes 335 et 349.]

## II. Issues and Standard of Review

[6] Mr. Bruzzese argues that he was deprived of a fair hearing because the Board was biased and because some of its interlocutory rulings left him unable to challenge and test the case against him. In addition, Mr. Bruzzese contends that the Board erred by giving undue weight to certain evidence and by making an unreasonable determination of inadmissibility.

[7] Mr. Bruzzese contends that the Board deprived him of a fair hearing by refusing to order the production of the Italian wiretap recordings. He also argues that the Board breached the duty of fairness by compelling his testimony and by dismissing his motion to recuse in the face of evidence of bias. He also asserts that the Board was unfair and made a jurisdictional error by refusing to entertain an argument that the inadmissibility case was, in reality, a disguised extradition (i.e. an abuse of process). Finally, Mr. Bruzzese complains that the Board unfairly made rulings without the benefit of counsel's submissions and limited counsel's ability to cross-examine the Minister's witnesses. All of these concerns, he says, are matters of jurisdiction or procedural fairness and subject to the standard of review of correctness.

[8] Given that the Board considered all of these issues and resolved them on their merits, I have serious reservations about whether correctness is the applicable standard of review. In its interlocutory rulings the Board was interpreting its home statute and applying its rules of procedure in the context of the record before it. In my view the Board is owed some deference in the exercise of its procedural jurisdiction subject, of course, to the caveat that where such a ruling renders the process unfair, the ultimate disposition is inherently unreasonable. Another way of asking the question is whether any of the Board's procedural rulings rendered the process unfair in the sense of depriving Mr. Bruzzese of the right to know and answer the case against him. If I am

## II. Questions en litige et norme de contrôle

[6] M. Bruzzese soutient qu'on l'a privé d'une instruction équitable en raison de la partialité de la Commission et parce que certaines de ses décisions interlocutoires l'ont empêché de vérifier l'exactitude des faits qu'on lui reproche et de les contester. En outre, M. Bruzzese soutient que la Commission a commis une erreur en donnant un poids exagéré à certains éléments de preuve et en tirant une conclusion déraisonnable sur l'interdiction de territoire.

[7] M. Bruzzese soutient que la Commission l'a privé d'une instance équitable en refusant d'ordonner la production des enregistrements des conversations interceptées en Italie. Il soutient également que la Commission a contrevenu à son devoir d'équité en l'obligeant à témoigner et en rejetant sa motion de récusation compte tenu des éléments de preuve de partialité. Il affirme également que la Commission n'a pas été équitable et qu'elle a commis une erreur de compétence en refusant d'entendre un argument selon lequel le dossier relatif à l'interdiction de territoire était, en réalité, une extradition déguisée (c.-à-d. un abus de procédure). Finalement, M. Bruzzese se plaint du fait que la Commission a tiré des conclusions inéquitables sans le bénéfice des observations d'un avocat et a limité la capacité de l'avocat de contre-interroger les témoins du ministre. Il précise que toutes ces préoccupations sont des questions de compétence ou d'équité procédurale et susceptibles de révision selon la norme de la décision correcte.

[8] Étant donné que la Commission a examiné toutes les questions en litige et les a réglées sur le fond, j'ai de grandes réserves quant à savoir si la décision correcte est la norme de révision qui s'applique. Dans ses décisions interlocutoires, la Commission a interprété sa loi constitutive et appliqué ses règles de procédure dans le contexte du dossier dont elle était saisie. À mon avis, on doit faire preuve d'une certaine retenue à l'égard de la Commission dans l'exercice de sa compétence procédurale, bien entendu, avec la réserve que lorsqu'une telle décision rend le processus inéquitable, la décision définitive est intrinsèquement déraisonnable. Une autre façon de poser la question est de savoir si l'une des décisions procédurales de la Commission a rendu le

wrong about this, I am satisfied that the Board correctly decided these issues and afforded a fair hearing to Mr. Bruzzese.

[9] Mr. Bruzzese's evidence-based arguments are, of course, reviewable on the standard of reasonableness.

A. *Did the Board Err by Compelling Testimony from Mr. Bruzzese?*

[10] Ms. Jackman argues that her client was prejudiced by being compelled to testify because his credibility was successfully impeached and then his evidence was used against him by the Board. Left to his own devices, Ms. Jackman says, Mr. Bruzzese would not have exposed himself to this risk.

[11] There is not much doubt that Mr. Bruzzese did himself no favours with some of the testimony he gave. For example, his evidence that he knew nothing about the 'Ndrangheta despite his established friendships with several of its high-ranking members was not believable. On several other issues, as the Board duly noted, Mr. Bruzzese was evasive or non-responsive. The Board took particular note of Mr. Bruzzese's claim that, while he was a friend of the notorious Mafia leader, Vito Rizzuto, he knew nothing at all about Mr. Rizzuto's extensive criminal background. In the main, though, his evidence amounted only to a bare denial of the Italian criminal allegations.

[12] But whether Mr. Bruzzese's credibility was successfully impeached or not, the simple fact that he was required to testify against his interests before the Board is of no legal consequence. The very point of compelling testimony in an administrative process is to obtain relevant evidence. The process followed here is in the nature of an inquiry about admissibility, carrying no penal consequences. Any detention that follows a finding of inadmissibility will be limited to situations of perceived public danger or where a flight risk is

processus inéquitable, c'est-à-dire priver M. Bruzzese du droit de savoir ce qui lui est reproché et d'y répondre. Si j'ai tort, je conclus que la Commission a pris la décision correcte concernant ces questions en litige et a accordé une instance équitable à M. Bruzzese.

[9] Bien entendu, les arguments fondés sur les éléments de preuve de M. Bruzzese sont susceptibles de révision selon la norme de la décision raisonnable.

A. *La Commission a-t-elle commis une erreur en contraignant M. Bruzzese à témoigner?*

[10] M<sup>me</sup> Jackman soutient que son client a subi un préjudice en étant contraint à témoigner, parce que sa non-crédibilité a été établie avec succès, puisque la Commission a utilisé ses éléments de preuve contre lui. M<sup>me</sup> Jackman dit que laissé à lui-même, M. Bruzzese ne se serait pas exposé à ce risque.

[11] Il ne fait guère de doute que M. Bruzzese n'a pas aidé sa cause par certains de ses témoignages. Par exemple, ses éléments de preuve selon lesquels il ne connaissait rien de la 'Ndrangheta, malgré ses liens d'amitié établis avec plusieurs de ses hauts gradés, n'étaient pas vraisemblables. À l'égard de plusieurs autres questions en litige, comme l'a fait observer à juste titre la Commission, M. Bruzzese donnait des réponses évatives ou ne répondait pas. La Commission a remarqué particulièrement l'allégation de M. Bruzzese selon laquelle, même s'il était lié d'amitié avec le chef notoire de mafia, Vito Rizzuto, il ne savait absolument rien des lourds antécédents criminels de M. Rizzuto. Par contre, pour l'essentiel, ses éléments de preuve consistaient uniquement en un simple déni des allégations criminelles italiennes.

[12] Mais la question de savoir si la non-crédibilité de M. Bruzzese a été établie avec succès, le simple fait qu'il ait dû témoigner contre ses intérêts devant la Commission n'a aucune conséquence juridique. L'essence même d'obliger une personne à témoigner dans un processus administratif est d'obtenir des éléments de preuve pertinents. Le processus suivi en l'espèce consiste à poser des questions relativement à l'interdiction de territoire, ce qui n'a aucune conséquence pénale. Toute détention qui suit une conclusion

established, and any such detention is subject to periodic administrative and judicial review.

[13] What the Board did here was in conformity with the law. Section 165 of the IRPA grants to the Board the powers and authority of a commissioner appointed under Part I of the *Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. I-11. The Board may also do any other thing it considers necessary to provide a full and proper hearing. Section 4 of the *Inquiries Act* grants to a commissioner the power to summons any witness and to compel the witness to testify under oath or affirmation. This statutory framework is sufficient to permit the Board to compel testimony from the subject of an admissibility hearing, at least to the extent that the predominant purpose is to advance a lawful, legitimate goal. This point was made in *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, at paragraph 35:

Clearly, this purpose of the Act justifies inquiries of limited scope. The Act aims to protect the public from unscrupulous trading practices which may result in investors being defrauded. It is designed to ensure that the public may rely on honest traders of good repute able to carry out their business in a manner that does not harm the market or society generally. An inquiry of this kind legitimately compels testimony as the Act is concerned with the furtherance of a goal which is of substantial public importance, namely, obtaining evidence to regulate the securities industry. Often such inquiries result in proceedings which are essentially of a civil nature. The inquiry is of the type permitted by our law as it serves an obvious social utility. Hence, the predominant purpose of the inquiry is to obtain the relevant evidence for the purpose of the instant proceedings, and not to incriminate Branch and Levitt. More specifically, there is nothing in the record at this stage to suggest that the purpose of the summonses in this case is to obtain incriminating evidence against Branch and Levitt. Both orders of the Commission and the summonses are in furtherance of the predominant purpose of the inquiry to which we refer above. The proposed testimony thus falls to be governed by the general rule applicable under the Charter, pursuant to which a witness is compelled to testify, yet receives evidentiary immunity in return: *S. (R.J.)*, *supra*. [Emphasis in original.]

relative à l'interdiction de territoire se limitera aux situations de danger public perçu ou lorsqu'un risque de fuite est établi, et toute détention à cet effet est susceptible de contrôle judiciaire et administratif périodique.

[13] Ce que la Commission a fait en l'espèce était conforme au droit. L'article 165 de la LIPR investit la Commission des pouvoirs d'un commissaire nommé en vertu de la partie I de la *Loi sur les enquêtes*, L.R.C. (1985), ch. I-11. La Commission peut également prendre les mesures qu'elle juge utiles à la procédure. L'article 4 de la *Loi sur les enquêtes* accorde à un commissaire le pouvoir d'assigner des témoins et de leur enjoindre de déposer sous la foi du serment ou d'une affirmation solennelle. Ce cadre légal suffit pour permettre à la Commission de contraindre le témoignage du sujet d'une audience pour interdiction de territoire, du moins dans la mesure où l'objet principal est de faire valoir un objectif légitime, licite. Ce point a été établi dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, au paragraphe 35 :

De toute évidence, cet objet de la Loi justifie la tenue d'enquêtes d'une portée restreinte. La Loi vise à protéger le public contre les pratiques commerciales malhonnêtes susceptibles de frauder les investisseurs. Elle vise à assurer que le public puisse se fier à des négociateurs honnêtes de bonne réputation qui sont en mesure d'exploiter leur entreprise d'une façon non préjudiciable au marché ou à l'ensemble de la société. Une enquête de ce genre contraint légitimement une personne à témoigner puisque la Loi vise la réalisation d'un objectif d'une grande importance pour le public, à savoir, recueillir des témoignages pour réglementer le secteur des valeurs mobilières. Pareilles enquêtes aboutissent souvent à des procédures de nature essentiellement civile. L'enquête est du genre autorisé par notre droit puisqu'elle a une utilité sociale évidente. L'enquête a ainsi pour objet prédominant de recueillir le témoignage pertinent aux fins des présentes procédures et non dans le but d'incriminer Branch et Levitt. Plus précisément, il n'y a rien, à ce stade, dans le dossier qui porte à croire que les assignations en l'espèce ont pour objet d'obtenir des éléments de preuve incriminants contre Branch et Levitt. Les ordonnances de la Commission et les assignations visent la réalisation de l'objet prédominant de l'enquête mentionné plus haut. En conséquence, le témoignage proposé se trouve régi par la règle générale applicable en vertu de la *Charte*, selon laquelle un témoin est contraint à témoigner et bénéficie en retour d'une immunité relative à la preuve : *S. (R.J.)*, précité. [Souligné dans l'original.]

[14] In *Phillips v. Nova Scotia (Commission of Inquiry into the Westray Mine Tragedy)*, [1995] 2 S.C.R. 97, the Court considered the issue of the compellability before a public inquiry of two persons who were simultaneously facing criminal charges. Both proceedings arose out of a coal mine explosion at the Westray Mine in Stellarton, Nova Scotia. The Court had no difficulty in holding that the two accused were compellable before the inquiry notwithstanding the potential for conflict between the two proceedings:

In oral argument before this Court, the Attorney General of Nova Scotia acknowledged the risks in proceeding immediately with a full inquiry. He nonetheless stated that his government considered the immediate resumption of the Inquiry to be of such overriding importance to the community that it is willing to accept the risk that the criminal prosecutions may be adversely affected or even stayed as a result of the Inquiry proceedings. The government is almost certainly better placed than the courts to assess the need for and value of the Inquiry. It is best able to calculate and weigh the risks and benefits to the public of proceeding with the Inquiry. In the absence of demonstrated misconduct on the part of government, such as a refusal to enforce the criminal law in a manner that amounts to a flagrant impropriety, courts should not interfere with the choice it has made.

To put it another way, unless it can be shown that the government is acting in bad faith, prior restraint of government action in creating and proceeding with a public inquiry that is within its jurisdiction will be rare. There is no evidence of bad faith or of a refusal to enforce the criminal law in this case. The government of Nova Scotia has appreciated and considered the possibility that Gerald Phillips and Roger Parry may never be brought to trial, and there is nothing to indicate that its decision should be reviewed by this Court. If the Inquiry were to be held prior to the criminal trials by jury, it would be for the trial judge to determine the appropriate remedy for the breach of any *Charter* rights which the hearings might have occasioned.

To summarize, there can be no doubt that the respondents Gerald Phillips and Roger Parry would be compellable witnesses before the public Inquiry. They clearly meet all the requirements set out in *S. (R.J.)* and in *Branch*. They are not being called to testify in order to

[14] Dans l'arrêt *Phillips c. Nouvelle-Écosse (Commission d'enquête sur la tragédie de la mine Westray)*, [1995] 2 R.C.S. 97, la Cour a pris en considération la question de la contraignabilité dans le cadre d'une enquête publique concernant deux personnes qui faisaient simultanément l'objet d'accusations au criminel. Les deux instances découlaient d'une explosion survenue dans une mine de charbon, la mine Westray, à Stellarton, en Nouvelle-Écosse. La Cour n'a eu aucune difficulté à conclure que les deux accusés pouvaient être contraints à témoigner à l'enquête, indépendamment de la possibilité de conflit entre les deux instances :

Dans sa plaidoirie devant notre Cour, le procureur général de la Nouvelle-Écosse a reconnu les risques de la tenue immédiate d'une enquête exhaustive. Il a néanmoins déclaré que son gouvernement estimait que la reprise immédiate de l'enquête présentait une importance tellement considérable pour la collectivité qu'il était prêt à courir le risque qu'un préjudice soit causé aux poursuites criminelles ou que celles-ci soient même arrêtées à cause de l'enquête. Il est presque absolument certain que le gouvernement est mieux placé que les tribunaux pour juger de la nécessité et de la valeur de l'enquête. Il est mieux à même de calculer et de peser les risques et les avantages de la reprise de l'enquête au regard du bien public. S'il n'a pas été prouvé que la conduite du gouvernement a été répréhensible, celui-ci ayant refusé par exemple d'appliquer le droit criminel d'une manière qui équivaut à une irrégularité flagrante, les tribunaux ne doivent pas s'immiscer dans le choix qu'il a fait.

Autrement dit, sauf si l'on peut démontrer que le gouvernement agit de mauvaise foi, les tribunaux interviendront rarement pour lui interdire par avance d'agir s'il a décidé de constituer une commission d'enquête qui relève de sa compétence. Rien n'indique dans le présent dossier qu'il y ait eu mauvaise foi ou refus d'appliquer le droit criminel. Le gouvernement de la Nouvelle-Écosse a évalué et pris en considération la possibilité que Gerald Phillips et Roger Parry ne puissent jamais être cités à leur procès, et rien n'indique qu'il y ait lieu que notre Cour révise sa décision. Si l'enquête devait se tenir avant les procès criminels avec jury, il appartiendrait au juge du procès de statuer sur la réparation convenable au cas où les audiences auraient entraîné une violation de droits garantis par la *Charte*.

En résumé, il ne fait aucun doute que les intimés Gerald Phillips et Roger Parry seraient des témoins contraignables à l'enquête publique. Ils répondent de toute évidence aux exigences formulées dans les arrêts *S. (R.J.)* et *Branch*. Ils ne sont pas appelés à témoigner

demonstrate their criminal guilt. Rather, the predominant purpose of obtaining their evidence is to further the objectives of the Inquiry which are of very significant public importance central to the nature and effectiveness of the Inquiry.

Nonetheless, although Phillips and Parry are compelling witnesses, there may be grounds for objecting to individual questions posed to them which might go beyond the purposes of the Inquiry. For the moment, however, the only prejudice which they stand to suffer relates to the use of evidence derived from their testimony. As indicated in *Branch*, this is not a sufficient ground for refusing to compel them.

[*Phillips v. Nova Scotia*, at paragraphs 98–101.]

[15] In this case, unlike *Branch* and *Phillips*, there was no collateral proceeding in Canada involving Mr. Bruzzese. Therefore, no ulterior purpose could be served by attempting to elicit incriminating testimony for use in some other proceeding.

[16] Mr. Bruzzese's reliance on the decision by Justice Eleanor Dawson in *Jaballah (Re)*, 2010 FC 224, [2011] 3 F.C.R. 155, is misplaced. The statutory language that applies in security certificate cases and the consequences for the interested person are very different from those that apply here.

[17] In the context of a case like this, much of the relevant evidence will be known only to the interested person. To properly carry out its mandate the Board must have the means to compel testimony and to weigh it against other evidence. To allow a person like Mr. Bruzzese to avoid giving testimony would be to potentially frustrate the legitimate purposes of the Board's inquiry. The fact that Mr. Bruzzese was not believed by the Board is not a basis for concern. Indeed, the ability to test this evidence is the very rationale for compelling it in the first place.

[18] In finding Mr. Bruzzese to be compellable the Board rendered a thoughtful and comprehensive

pour démontrer leur culpabilité criminelle. Le but prédominant de l'obtention de leur témoignage est plutôt de favoriser les objectifs de l'enquête, qui ont une très grande importance pour le public et sont au cœur même de la nature et de l'efficacité de l'enquête.

Néanmoins, bien que M. Phillips et M. Parry soient des témoins contraignables, il existe peut-être des motifs de s'opposer à ce que leur soient posées certaines questions qui pourraient aller au-delà des buts de l'enquête. Toutefois, pour le moment, le seul préjudice qu'ils risquent de subir est celui qui se rapporte à l'utilisation d'éléments de preuve dérivés de leur témoignage. Ainsi qu'il est mentionné dans l'arrêt *Branch*, il ne s'agit pas là d'un motif suffisant pour refuser qu'ils soient contraints à témoigner.

[*Phillips c. Nouvelle-Écosse*, aux paragraphes 98 à 101.]

[15] En l'espèce, contrairement aux arrêts *Branch* et *Phillips*, aucune procédure parallèle au Canada ne visait M. Bruzzese. Par conséquent, aucun but ultérieur ne pouvait être atteint en essayant d'obtenir un témoignage incriminant à utiliser dans une autre procédure.

[16] La confiance que M. Bruzzese accorde à la décision de la juge Eleanor Dawson dans *Jaballah (Re)*, 2010 CF 224, [2011] 3 R.C.F. 155, est mal à propos. Le libellé législatif qui s'applique aux affaires de certificat de sécurité et les conséquences pour les personnes visées diffèrent beaucoup de ce qui s'applique en l'espèce.

[17] Dans le contexte d'une affaire comme celle-ci, la grande partie des éléments de preuve pertinents sera connue uniquement de la personne visée. Pour bien s'acquitter de son mandat, la Commission doit avoir le moyen de contraindre des témoignages et de les apprécier par rapport à d'autres éléments de preuve. Permettre à une personne comme M. Bruzzese d'éviter de témoigner ferait probablement obstacle aux objectifs légitimes de l'enquête de la Commission. Le fait que la Commission n'ait pas cru M. Bruzzese ne constitue pas une source de préoccupation. En effet, la capacité de vérifier l'exactitude des éléments de preuve est la justification même de la contraignabilité au départ.

[18] En concluant qu'on peut contraindre M. Bruzzese à témoigner, la Commission a pris une décision réfléchie

decision that, in my view, correctly resolved the issue before it (see certified tribunal record (CTR), Vol. 1, pages 135–158).

*B. Did the Board Err by Declining to Order Further Production of Evidence?*

[19] Mr. Bruzzese complains that the Board infringed the duty of fairness by failing to order the Minister to seek and, if successful, to produce the audio tapes of the wiretap intercepts that underpinned the Italian arrest warrant.

[20] I have no doubt that, in the context of an admissibility hearing like this one, the Minister has a duty of disclosure. Indeed, the Board did not hold otherwise, describing the obligation as follows:

In light of all the circumstances of this case, the Tribunal rendered an interlocutory decision essentially declining to endorse Mr. Bruzzese's expectation of fuller disclosure from the Minister. Whilst recognizing that the Minister is obligated to provide to Mr. Bruzzese adequate disclosure that makes clear the case to be met and the opportunity to respond, the Tribunal was satisfied that, in this matter, the case to be met had been amply made known to Mr. Bruzzese. The Tribunal did not consider the absence of full intercepts as somehow attenuating or compromising his ability to respond or as undermining the fairness of the proceedings to him. [Footnotes omitted.]

[Board's decision, at paragraph 311.]

[21] In *Canada (Citizenship and Immigration) v. Harkat*, 2014 SCC 37, [2014] 2 S.C.R. 33 (*Harkat*), the Court discussed the disclosure requirement in the context of a security certificate proceeding where only summaries of intercepted communications were available. The Court held that disclosure will be sufficient if it enables the interested party to know and meet the case being asserted. Presumably, this also implies a duty of good faith in the sense that the government cannot knowingly withhold evidence that could assist the interested party. The Court's discussion about reliance on evidentiary summaries is particularly apt in this case:

et approfondie qui, à mon avis, résout correctement la question dont elle est saisie (voir le dossier certifié du tribunal (DCT), vol. 1, pages 135 à 158).

*B. La Commission a-t-elle commis une erreur en refusant d'ordonner la communication de tous les éléments de preuve?*

[19] M. Bruzzese se plaint que la Commission a manqué au devoir d'équité en omettant d'ordonner au ministre de demander et, en cas de succès, de produire les enregistrements des conversations interceptées qui étaient le mandat d'arrestation italien.

[20] Il ne fait aucun doute pour moi que, dans le contexte d'une audience sur interdiction de territoire comme celle-ci, le ministre a une obligation de divulgation de la preuve. En effet, la Commission n'a pas tiré d'autres conclusions, décrivant ainsi l'obligation :

À la lumière de toutes les circonstances en l'espèce, le tribunal a rendu une décision interlocutoire, refusant essentiellement de soutenir la demande de M. Bruzzese pour que le ministre communique davantage de renseignements. Tout en tenant compte du fait que le ministre est obligé de communiquer adéquatement la preuve à M. Bruzzese et de lui donner l'occasion d'y répondre, le tribunal était convaincu que, en l'espèce, M. Bruzzese avait été amplement informé de la preuve en question. Le tribunal n'a pas estimé que l'absence des interceptions complètes avait en quelque sorte diminué ou compromis la capacité de M. Bruzzese de répondre ou miné l'équité de la procédure le visant. [Notes de bas de page omises.]

[Décision de la Commission, au paragraphe 311.]

[21] Dans l'arrêt *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Harkat*, 2014 CSC 37, [2014] 2 R.C.S. 33 (*Harkat*), la Cour a abordé l'exigence de communication dans le contexte d'une procédure concernant un certificat de sécurité pour laquelle seulement des résumés des communications interceptées étaient disponibles. La Cour a conclu que la communication est suffisante si elle permet à la partie visée de connaître et de contester la preuve qui pèse contre elle. Vraisemblablement, cela sous-entend aussi un devoir de bonne foi en ce sens que le gouvernement ne peut pas sciemment retenir des éléments de preuve qui pourraient aider la partie visée.

Thus, the question here is whether the exclusion of the summaries is necessary to remedy the prejudice to Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him, or to safeguard the integrity of the justice system. In my view, it is not.

The disclosure of the summaries in an abridged version to Mr. Harkat and in an unredacted form to his special advocates was sufficient to prevent significant prejudice to Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him. It is true, as the Federal Court of Appeal noted, that the destruction of the originals makes it impossible to ascertain with complete certainty whether the summaries contain errors or inaccuracies: para. 133. "An assessment of prejudice is problematic where, as in this case, the relevant information has been irretrievably lost": *R. v. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336, at para. 49. However, the impact of the loss of evidence on trial fairness must be considered "in the context of the rest of the evidence and the position taken by the defence": *R. v. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341, at para. 38.

The destruction of the original operational materials did not significantly prejudice Mr. Harkat's ability to know and meet the case against him. As Noël J. noted, reliable summaries of the original materials pertaining to the intercepted conversations were disclosed to Mr. Harkat. Mr. Harkat's position was to deny the very occurrence of most of those conversations rather than to challenge their specifics. And the content of the summaries is corroborated by the overall narrative of Mr. Harkat's life which emerged during the proceedings: 2010 FC 1243, at paras. 66–67.

Moreover, I am satisfied that the admission of the summaries does not undermine the integrity of the justice system. While the destruction of CSIS operational materials was a serious breach of the duty to preserve evidence, it was not carried out for the purpose of deliberately defeating the Minister's obligation to disclose. It must also be recognized that, prior to this Court's holding in *Charkaoui II*, the existence and scope of CSIS's legal obligation to preserve operational materials had not been definitively settled by the courts. It cannot be said that CSIS's application of policy OPS-217 evidenced a systematic disregard for the law. Since the admission of the

L'analyse que fait la Cour du fait de s'appuyer sur des résumés d'éléments de preuve s'applique tout particulièrement en l'espèce :

Ainsi, la question à trancher en l'espèce est celle de savoir si l'exclusion des résumés est nécessaire pour remédier à l'atteinte à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre ou pour sauvegarder l'intégrité du système de justice. À mon avis, ce n'est pas le cas.

La communication d'une version caviardée des résumés à M. Harkat et d'une version intégrale à ses avocats spéciaux était suffisante pour empêcher qu'il soit porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre. Certes, comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale, la destruction des originaux empêche de vérifier avec une certitude absolue si les résumés contiennent des erreurs ou des inexactitudes : par. 133. [TRADUCTION] « L'évaluation du préjudice pose problème lorsque, comme en l'espèce, les renseignements pertinents sont irrémédiablement perdus » : *R. v. Bero* (2000), 137 O.A.C. 336, par. 49. Cependant, l'incidence de la perte d'éléments de preuve sur l'équité du procès doit être examinée [TRADUCTION] « dans le contexte de l'ensemble de la preuve et de la position adoptée par la défense » : *R. v. J.G.B.* (2001), 139 O.A.C. 341, par. 38.

Or, en l'espèce, la destruction des documents opérationnels originaux n'a pas porté atteinte de manière importante à la capacité de M. Harkat de connaître la preuve qui pèse contre lui et d'y répondre. Comme l'a fait remarquer le juge Noël, des résumés fiables des documents originaux relatifs aux conversations interceptées ont été communiqués à M. Harkat. Ce dernier a néanmoins choisi de nier l'existence même de la plupart de ces conversations plutôt que d'en contester les éléments précis. En outre, le contenu des résumés a été corroboré par le récit d'ensemble de la vie de M. Harkat telle qu'elle a été décrite lors des audiences : 2010 CF 1243, par. 66–67.

En outre, je suis convaincue que l'admission en preuve des résumés ne mine pas l'intégrité du système de justice. Même si la destruction des documents opérationnels du SCRS a constitué une violation grave de l'obligation de conserver les éléments de preuve, elle n'a pas été menée pour délibérément soustraire le ministre à son obligation de communiquer la preuve. Il faut aussi admettre que, avant que la Cour ne se prononce dans *Charkaoui II*, la question de l'existence et de la portée de l'obligation légale du SCRS de conserver ses documents opérationnels n'avait pas été définitivement tranchée par les tribunaux. On ne peut prétendre que l'application de la

summaries would neither deny procedural fairness to Mr. Harkat nor undermine the integrity of the justice system, I conclude that Noël J. made no reviewable errors in refusing to exclude the impugned summaries of intercepted conversations.

[*Harkat*, at paragraphs 96–99.]

[22] In *Harkat*, above, the Court also discussed the Minister’s obligation to seek relevant evidence in the possession of foreign government agencies in the context of *ex parte* proceedings where candour and utmost good faith are required. The scope of this duty was said to be the following:

The special advocates argue that duties of candour and utmost good faith required the ministers to make extensive inquiries of foreign intelligence agencies for information and evidence regarding several alleged terrorists with whom they claim that Mr. Harkat had associated. They contend that the ministers failed to discharge these duties. The courts below found that the ministers made reasonable efforts to obtain information sought by the special advocates.

In *Ruby*, this Court recognized that duties of candour and utmost good faith apply when a party relies upon evidence in *ex parte* proceedings: “The evidence presented must be complete and thorough and no relevant information adverse to the interest of that party may be withheld” (para. 27). The Federal Court added, in *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 F.C.R. 163, at para. 500, that “[t]he duties of utmost good faith and candour imply that the party relying upon the presentation of *ex parte* evidence will conduct a thorough review of the information in its possession and make representations based on all of the information including that which is unfavourable to their case.”

The duties of candour and utmost good faith require an ongoing effort to update, throughout the proceedings, the information and evidence regarding the named person: see, for example, *Almrei*, 2009 FC 1263, at para. 500. The special advocates argue that, pursuant to these duties, the ministers must send detailed requests to foreign intelligence agencies. In their view, those requests

politique OPS-217 par le SCRS met en évidence un mépris systématique de la loi. Puisque l’admission en preuve des résumés n’a ni privé M. Harkat de l’équité procédurale ni miné l’intégrité du système de justice, je conclus que le juge Noël n’a commis aucune erreur susceptible de révision en refusant d’exclure les résumés de conversations interceptées dont l’admissibilité a été contestée.

[*Harkat*, aux paragraphes 96 à 99.]

[22] Dans l’arrêt *Harkat*, précité, la Cour a également analysé l’obligation du ministre de demander les éléments de preuve pertinents en la possession d’organismes de gouvernements étrangers dans le contexte d’instances *ex parte* pour lesquelles il y a obligation de franchise et de bonne foi la plus absolue. La portée de cette obligation est la suivante :

Les avocats spéciaux ont soutenu que leurs obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue exigent des ministres qu’ils demandent aux organismes étrangers de renseignement de leur fournir l’ensemble des renseignements et des éléments de preuve relatifs à plusieurs résumés terroristes avec qui, selon eux, M. Harkat a été associé. Ils font valoir que les ministres ne se sont pas acquittés de ces obligations. Pour leur part, les tribunaux d’instances inférieures ont conclu que les ministres avaient fourni des efforts raisonnables pour obtenir les renseignements demandés par les avocats spéciaux.

Dans *Ruby*, la Cour a reconnu que les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue s’appliquent lorsqu’une partie se fonde sur des éléments de preuve durant des procédures *ex parte* : « Elle doit offrir une preuve complète et détaillée, et n’omettre aucune donnée pertinente qui soit défavorable à son intérêt » (par. 27). La Cour fédérale a ajouté, dans *Almrei (Re)*, 2009 FC 1263, [2011] 1 R.C.F. 163, par. 500, que « [l]es obligations de bonne foi la plus absolue et de franchise impliquent que la partie s’appuyant sur une preuve *ex parte* effectuera un examen approfondi des renseignements en sa possession et présentera des observations fondées sur tous les renseignements, y compris ceux qui ne sont pas favorables à sa thèse. »

Les obligations de franchise et de bonne foi la plus absolue supposent que la partie qui y est tenue fasse des efforts constants pour mettre à jour les renseignements et la preuve relatifs à la personne visée et ce, tout au long des procédures : voir, à titre d’exemple, *Almrei*, 2009 FC 1263, par. 500. Les avocats spéciaux soutiennent que, compte tenu de ces obligations, les ministres doivent

must explain the context of security certificate hearings, the purposes for which the information will be used, and the consequences for the named person if the information is not provided.

The position advocated by the special advocates is tantamount to requiring the ministers to conduct an investigation under the instructions of the special advocates. The ministers have no general obligation to provide disclosure of evidence or information that is beyond their control: *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, at para. 21; *R. v. Stinchcombe*, [1995] 1 S.C.R. 754, at para. 2. With respect to evidence and information held by foreign intelligence agencies, the ministers' duty is to make reasonable efforts to obtain updates and provide disclosure. What constitutes reasonable efforts will turn on the facts of each case. In the present appeal, I agree with Noël J. that reasonable efforts were made by the ministers: see 2010 FC 1243, Annex "A", at paras. 6–7. The ministers sent letters of request to the relevant foreign intelligence agencies. The outcome of those requests may not have been satisfactory to the special advocates, but this fact alone is not enough to conclude that the efforts made by the ministers were insufficient.

[*Harkat*, at paragraphs 100–103.]

[23] It seems to me that, in the context of an *inter partes* proceeding, the ability of the interested person to seek the requested disclosure from a third party (in this case from the Italian prosecuting authorities) is a factor the Board is entitled to consider in determining the limits of the Minister's corresponding obligation. Although the evidentiary record is not entirely clear about the opportunities open to Mr. Bruzzese to seek the recorded Italian intercepts, there was sufficient evidence to support the Board's conclusion that he had made no attempt to secure this evidence through his Italian criminal counsel. Indeed, his counsel testified that he had listened to the wiretaps and found the quality "not exactly the best" (see CTR, Vol. 19, page 4135). The obvious inference is that the recordings were accessible to Mr. Bruzzese but he elected not to obtain them for use before the Board. In this case the Board found that the Italian arrest warrant was inherently reliable and very detailed. The warrant was not solely based on intercepted communications; it also included considerable

faire parvenir des demandes détaillées aux organismes étrangers de renseignement. À leur avis, ces demandes doivent préciser le contexte des audiences sur les certificats de sécurité, les fins auxquelles les renseignements seront utilisés de même que les conséquences pour la personne visée si ces derniers ne sont pas fournis.

La position que préconisent les avocats spéciaux revient à demander aux ministres de mener une enquête suivant leurs directives. Or, les ministres n'ont aucune obligation générale de communiquer des éléments de preuve ou des renseignements dont ils n'ont pas le contrôle : *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, par. 21; *R. c. Stinchcombe*, [1995] 1 R.C.S. 754, par. 2. Il leur incombe de faire des efforts raisonnables pour obtenir des mises à jour quant aux éléments de preuve et aux renseignements détenus par les organismes étrangers de renseignement et de les communiquer. Ce qui équivaut à des efforts raisonnables dépendra des faits de chaque cas. Dans le présent pourvoi, je suis d'accord avec le juge Noël qui a estimé que les ministres avaient fait des efforts raisonnables : voir 2010 CF 1243, annexe « A », par. 6–7. Ils ont expédié des demandes écrites, par courrier, aux organismes étrangers de renseignement, à qui il était pertinent de s'adresser. La réponse à ces demandes a bien pu ne pas satisfaire les avocats spéciaux, mais ce fait, en soi, ne suffit pas à conclure que les efforts fournis par les ministres étaient insuffisants.

[*Harkat*, aux paragraphes 100 à 103.]

[23] Il me semble que dans le contexte d'une instance *inter partes*, la capacité de la personne visée de solliciter la divulgation de la preuve demandée d'une tierce partie (en l'espèce, les autorités italiennes chargées des poursuites) constitue un facteur que la Commission est habilitée à prendre en considération lorsqu'elle détermine les limites de l'obligation correspondante du ministre. Même les données probantes ne sont pas totalement claires quant aux possibilités qui s'offrent à M. Bruzzese de solliciter les conversations interceptées enregistrées en Italie, il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour étayer la conclusion de la Commission selon laquelle elle n'avait fait aucune tentative d'obtenir ces éléments de preuve par l'entremise de l'avocat italien en matières criminelles. En effet, son avocat a dit dans son témoignage qu'il avait écouté les conversations enregistrées et conclu que la qualité [TRADUCTION] « n'était pas exactement la meilleure » (voir le DCT, vol. 19, page 4135). L'inférence évidente est que M. Bruzzese avait accès aux enregistrements, mais qu'il

surveillance evidence confirming Mr. Bruzzese's attendance at 'Ndrangheta meetings. The summaries of the intercepts were also sufficiently particularized to permit a meaningful challenge.

[24] Mr. Bruzzese's stated purpose for seeking the intercepted recordings was simply to test the fidelity of the summaries contained in the Italian arrest warrant. He presented nothing to cast doubt on the accuracy of the summaries. In the face of the Board's thorough assessment of the reliability of the content of the Italian arrest warrant, the idea that there could be inconsistencies is largely a matter of speculation.

[25] This interlocutory decision by the Board involved the weighing of evidence and the exercise of discretion. The Board understood that a proper balance was required. In these circumstances exhaustive disclosure by the Minister was not necessary for Mr. Bruzzese to answer the Minister's case. The Minister is not, after all, required to search out every scrap of relevant evidence that may be in the possession of a foreign agency, particularly where what is produced is inherently reliable. The Board's decision was reasonable, fair and correct in law. Mr. Bruzzese was not deprived of a meaningful opportunity to answer the case against him.

[26] I would add to this that the record before me indicates in a number of places that counsel for the Minister made an effort to obtain the intercepted recordings but was unsuccessful. Although better evidence on this point could have been produced, I am satisfied that, to the extent that a higher duty of disclosure was required, it was fulfilled in accordance with the principles expressed in *Harkat*, above.

a choisi de ne pas les obtenir pour les utiliser devant la Commission. En l'espèce, la Commission a conclu que le mandat d'arrestation italien était intrinsèquement fiable et très détaillé. Le mandat ne reposait pas uniquement sur les communications interceptées; il comprenait aussi un très grand nombre d'éléments de preuve de surveillance qui confirmaient la présence de M. Bruzzese aux réunions de la 'Ndrangheta. Les résumés des conversations interceptées étaient aussi suffisamment détaillés pour permettre une contestation significative.

[24] L'objectif déclaré de M. Bruzzese pour demander les conversations interceptées était tout simplement de vérifier la fidélité des résumés contenus dans le mandat d'arrestation italien. Il n'a rien présenté pour mettre en doute l'exactitude des résumés. Compte tenu de l'évaluation minutieuse par la Commission de la fiabilité du contenu du mandat d'arrestation italien, l'idée qu'il pourrait y avoir des incohérences relève en grande partie de la conjecture.

[25] Cette décision interlocutoire par la Commission a fait intervenir l'appréciation des éléments de preuve ainsi que l'exercice du pouvoir discrétionnaire. La Commission a compris qu'il fallait un équilibre approprié. Dans ces circonstances, une divulgation exhaustive de la preuve par le ministre n'était pas nécessaire pour que M. Bruzzese réponde au dossier du ministre. Après tout, le ministre n'est pas tenu de chercher le moindre des éléments de preuve pertinents que peut avoir en sa possession un organisme étranger, en particulier lorsque ce qui est communiqué est intrinsèquement fiable. La décision de la Commission était raisonnable, équitable et fondée en droit. M. Bruzzese n'a pas été privé d'une occasion significative de répondre à ce qui lui est reproché.

[26] J'ajouterais que le dossier dont je suis saisi indique à plusieurs endroits que l'avocat du ministre a déployé des efforts pour obtenir les enregistrements des communications interceptées, mais en vain. Même si de meilleurs éléments de preuve à ce sujet auraient pu être produits, je conclus que, dans la mesure où une obligation de divulgation plus élevée était nécessaire, cette obligation a été remplie conformément aux principes exposés dans l'arrêt *Harkat*, précité.

C. *Was a Reasonable Apprehension of Bias Made Out?*

[27] Mr. Bruzzese alleges that a reasonable apprehension of bias arises from the Board Member's previous involvement with his case. It is argued that, by hearing and dismissing an earlier detention review, the Member had essentially made up her mind about Mr. Bruzzese's credibility and would not be seen to be objective in presiding over his admissibility hearing. On an earlier motion Justice Yvan Roy declined to entertain this argument and dismissed the motion.

[28] The test for a finding of bias is not a matter of controversy. The law was thoroughly canvassed by the Supreme Court in *Yukon Francophone School Board, Education Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282, and captured in the following passage:

The test for a reasonable apprehension of bias is undisputed and was first articulated by this Court as follows:

... what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly. [Citation omitted.]

...

(*Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369, at p. 394, per de Grandpré J. (dissenting))

This test — what would a reasonable, informed person think — has consistently been endorsed and clarified by this Court: e.g., *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2003] 2 S.C.R. 259, at para. 60; *C.U.P.E. v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, at para. 199; *Miglin v. Miglin*, [2003] 1 S.C.R. 303, at para. 26; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at para. 46; *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at para. 11, per Major J., at para. 31, per L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ., at para. 111, per Cory J.; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1995] 4

C. *Une crainte raisonnable de partialité a-t-elle été établie?*

[27] M. Bruzzese allègue qu'une crainte raisonnable de partialité découle de l'implication précédente d'une commissaire dans cette affaire. On soutient qu'en entendant et rejetant un contrôle antérieur des motifs de détention, la commissaire s'était déjà fait une idée quant à la crédibilité de M. Bruzzese et ne serait pas perçue comme étant objective en présidant son audience sur l'interdiction de territoire. À l'égard d'une requête antérieure, le juge Yvan Roy a refusé d'entendre cette argumentation et a rejeté la requête.

[28] Le critère pour déterminer s'il y a partialité n'est pas une question controversée. La Cour suprême a étudié à fond la règle de droit dans l'arrêt *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282, et l'a énoncée dans le passage suivant :

Le critère applicable pour déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité n'est pas contesté et il a été formulé pour la première fois par notre Cour en ces termes :

... à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? [Référence omise.]

[...]

(*Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, p. 394, le juge de Grandpré (dissident))

Ce critère — à quelle conclusion en arriverait une personne raisonnable et bien renseignée — a été constamment approuvé et précisé par notre Cour : p. ex., *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2003] 2 R.C.S. 259, par. 60; *S.C.F.P. c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, par. 199; *Miglin c. Miglin*, [2003] 1 R.C.S. 303, par. 26; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, par. 46; *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, par. 11, le juge Major, par. 31, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin, par. 111, le juge Cory; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1995]

S.C.R. 267, at para. 45; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 143; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at p. 684.

The objective of the test is to ensure not only the reality, but the *appearance* of a fair adjudicative process. The issue of bias is thus inextricably linked to the need for impartiality. In *Valente*, Le Dain J. connected the dots from an absence of bias to impartiality, concluding “[i]mpartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case” and “connotes absence of bias, actual or perceived”: p. 685. Impartiality and the absence of the bias have developed as both legal and ethical requirements. Judges are required — and expected — to approach every case with impartiality and an open mind: see *S. (R.D.)*, at para. 49, per L’Heureux-Dubé and McLachlin JJ.

In *Wewaykum*, this Court confirmed the requirement of impartial adjudication for maintaining public confidence in the ability of a judge to be genuinely open:

... public confidence in our legal system is rooted in the fundamental belief that those who adjudicate in law must always do so without bias or prejudice and must be perceived to do so.

The essence of impartiality lies in the requirement of the judge to approach the case to be adjudicated with an open mind. [Emphasis added [by Abella J.]; paras. 57-58.]

[*Yukon Francophone School Board*, at paragraphs 20–23.]

[29] There is, of course, no presumption of bias by the mere fact that an adjudicator sits in judgment over related matters: see *Arthur v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1993] 1 F.C. 94 (C.A.), at pages 105–107. Something more is required to establish a predisposition as to the issue to be decided in the second proceeding. This necessarily involves a consideration of the relationship or overlap of issues between the two proceedings and a review of the procedural record to identify any indications of prejudgment.

4 R.C.S. 267, par. 45; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, p. 143; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, p. 684.

L’objectif du critère est d’assurer non seulement l’existence, mais l’apparence d’un processus décisionnel juste. La question de la partialité est donc inextricablement liée au besoin d’impartialité. Dans l’arrêt *Valente*, le juge Le Dain a fait le lien entre l’absence de préjugé et l’impartialité, concluant que « [l]’impartialité désigne un état d’esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée » et « connote une absence de préjugé, réel ou apparent » : p. 685. Les notions d’impartialité et d’absence de préjugé sont devenues des exigences tant juridiques qu’éthiques. Les juges doivent — et sont censés — aborder toute affaire avec impartialité et un esprit ouvert : voir *S. (R.D.)*, par. 49, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin.

Dans l’arrêt *Wewaykum*, notre Cour a confirmé la nécessité de statuer en toute impartialité pour préserver la confiance du public dans la capacité du juge d’être véritablement ouvert d’esprit :

... la confiance du public dans notre système juridique prend sa source dans la conviction fondamentale selon laquelle ceux qui rendent jugement doivent non seulement toujours le faire sans partialité ni préjugé, mais doivent également être perçus comme agissant de la sorte.

L’essence de l’impartialité est l’obligation qu’a le juge d’aborder avec un esprit ouvert l’affaire qu’il doit trancher. [Souligné dans l’original [par le juge Abella], par. 57-58.]

[*Commission scolaire francophone du Yukon*, aux paragraphes 20 à 23.]

[29] Bien entendu, il n’existe aucune présomption de partialité du simple fait qu’un arbitre entend des affaires connexes : voir *Arthur c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, [1993] 1 C.F. 94 (C.A.), aux pages 105 à 107. Il faut davantage pour établir une predisposition relativement à la question en litige à trancher dans la deuxième instance. Cela comporte nécessairement un examen du lien ou du chevauchement des questions en litige entre les deux instances et un examen du dossier des procédures pour recenser les indications de préjugé.

[30] There is very little in common between a detention review and an admissibility hearing. The first is concerned with two issues: does a person represent a future danger to the public or a flight risk. Although these issues may relate to a person's history of criminality, no final determination of culpability is required. In contrast, an admissibility hearing turns on findings of past associations or conduct, and not about predictions for future behaviour.

[31] A review of the detention review decision concerning Mr. Bruzzese rendered by the Board Member indicates that, in maintaining his detention, heavy reliance was placed on the prior detention review decisions. The Member held that nothing substantive had been put to her "that would warrant a departure from those decisions". The Member explicitly acknowledged that the pending admissibility hearing had "yet to be determined". Indeed, the Member clearly distanced herself from the pending admissibility process with the following disclaimer:

[...] I will not be making any findings about your guilt or complicity and I will not be making findings that you are inadmissible to Canada, that is a matter for the admissibility hearing.

[32] In summary, there is nothing about the Member's detention review decision that suggests a negative predisposition. The Member was careful not to trench into admissibility considerations and made no definitive pronouncements about Mr. Bruzzese's credibility. On the record before me there is nothing to support a finding of a reasonable apprehension of bias or to suggest that the Board had closed its mind to the issues it was required to adjudicate based on its earlier involvement.

[33] Ms. Jackman also argues that a reasonable apprehension of bias arises in this case based on the Board's ostensible imbalanced treatment and overt hostility to Mr. Bruzzese's case and to his counsel.

[30] Il y a très peu en commun entre un examen des motifs de détention et une enquête. Le premier porte sur deux questions : une personne représente-t-elle un danger futur pour le public ou un risque de fuite. Même si ces questions peuvent se rapporter aux antécédents de criminalité d'une personne, aucune conclusion définitive de culpabilité n'est nécessaire. À l'opposé, une enquête porte sur les conclusions d'associations ou de conduite passées, et non sur les prévisions d'un comportement futur.

[31] Un examen des motifs de détention concernant M. Bruzzese réalisé par la commissaire indique que, en confirmant sa détention, on accorde beaucoup de poids aux contrôles judiciaires antérieurs à la détention. La commissaire a conclu que rien de significatif lui avait été présenté [TRADUCTION] « qui justifierait qu'on s'écarte de ces contrôles ». La commissaire a explicitement reconnu que l'enquête en instance [TRADUCTION] « restait à trancher ». En effet, la commissaire s'est clairement distancée de l'enquête en cours en déclarant :

Je ne tirerai aucune conclusion quant à votre culpabilité ou votre complicité et je ne tirerai aucune conclusion quant à votre interdiction de territoire au Canada, qui est une question pour l'enquête.

[32] En résumé, rien dans la décision relative à l'examen des motifs de détention prise par la commissaire ne laisse entendre à une prédisposition défavorable. La commissaire a pris soin de ne pas se retrancher dans des considérations liées à l'interdiction de territoire et n'a adopté aucune prise de position définitive quant à la crédibilité de M. Bruzzese. D'après le dossier dont je suis saisi, rien n'étaye une conclusion relativement à une crainte raisonnable de partialité ou ne laisse entendre que la Commission avait arrêté son opinion quant aux questions sur lesquelles elle devait se prononcer en fonction de son implication antérieure.

[33] M<sup>me</sup> Jackman indique également qu'il existe une crainte raisonnable de partialité dans cette affaire sur la base du traitement déséquilibré apparent de la Commission et de son hostilité manifeste envers M. Bruzzese et son avocate.

[34] A review of the transcript does disclose that the hearing before the Board was challenging for everyone involved and, at times, unduly acrimonious. However, there is nothing in the record that comes close to suggesting the Board had closed its mind to the issues it was required to determine. Although a sense of frustration is evident on occasion from the Board, it is mostly the result of some provocation from counsel. For example, at one point counsel accused the Board of “not doing anything all day”. This drew a pointed but not inappropriate rebuke from the Board (see CTR, Vol. 16, page 3422). In many other instances the Board found it necessary to control interruptions by counsel or to deal with other troubling behavior. The situation was of sufficient concern that the Board appropriately admonished counsel at length during the hearing on June 26, 2014 (see CTR, Vol. 15, pages 3130–3132). Another example of an inappropriate exchange by counsel can be found at pages 3008 to 3011 of Volume 15 of the CTR, from the transcript of June 24, 2014.

[35] If Mr. Bruzzese is aggrieved by the Board’s treatment of his counsel’s objections and the frequency with which they were rejected, it is assuredly not because of a lack of even-handedness. Objections are only as strong as the facts and the law will permit. On those occasions where objections were dismissed by the Board there was ample basis for the rulings.

[36] The Board’s rejection of Mr. Bruzzese’s bias argument is laid out at paragraphs 51 to 54 of its decision, the conclusion of which is set out below:

Rendering decisions that are unfavourable to a party is not evidence of bias. Neither is exercising proper judicial control to bring decorum, structure and boundaries to the Admissibility Hearing evidence of bias. In fact, if decision-makers were to make unjustified rulings, or gloss over inappropriate circumstances, or somehow endorse improper conduct before a hearing could be said to be free from bias, that would gravely undermine the dispensation of justice and strengthen improper actions by Counsel who can then selectively eliminate presiding Members by their conduct.

[34] Un examen de la transcription indique que l’audience devant la Commission a été difficile pour toutes les parties en cause et, à l’occasion, indûment acrimonieuse. Cependant, rien dans le dossier ne permet de penser, et de loin, que la Commission s’était fait une opinion quant aux questions en litige qu’elle devait trancher. Même si un sentiment de frustration est évident à l’occasion de la part de la Commission, il est principalement attribuable à une certaine provocation de la part de l’avocate. Par exemple, à un moment donné, l’avocate a accusé la Commission de [TRADUCTION] « ne rien faire de sa journée ». Cette remarque s’est attiré une remontrance pertinente, mais non inappropriée de la part de la Commission (voir le DCT, vol. 16, page 3422). Dans de nombreux autres cas, la Commission a jugé nécessaire de contrôler les interruptions de l’avocate ou de composer avec d’autres comportements dérangeants. La situation était suffisamment préoccupante pour que la Commission réprimande longuement de façon appropriée l’avocate au cours de l’audience du 26 juin 2014 (voir le DCT, vol. 15, pages 3130 à 3132). On peut trouver un autre exemple d’un échange inapproprié de la part de l’avocate aux pages 3008 à 3011 du volume 15 du DCT, tiré de la transcription du 24 juin 2014.

[35] Si M. Bruzzese est lésé par le traitement que la Commission a accordé aux objections de son avocate et par la fréquence à laquelle ces objections ont été rejetées, ce n’est assurément pas par manque d’impartialité. Les objections doivent correspondre aux faits et au droit. Lorsque les objections étaient rejetées par la Commission, elles étaient amplement fondées.

[36] Le rejet par la Commission de l’argument de partialité de la part de M. Bruzzese est exposé aux paragraphes 51 à 54 de sa décision, dont la conclusion est présentée ci-dessous :

La prise de décisions défavorables à une partie n’est pas une preuve de partialité. L’exercice d’un contrôle judiciaire adéquat pour imposer un décorum, une structure et des limites à l’enquête n’est pas non plus une preuve de partialité. En fait, si des décideurs devaient rendre des décisions injustifiées, faire abstraction de circonstances inappropriées, ou approuver en quelque sorte un comportement inapproprié avant qu’il puisse être dit qu’une audience est impartiale, cela minerait grandement l’exercice de la justice et encouragerait les comportements inappropriés de la part des conseils, qui pourraient

This Tribunal agrees with Mad. Justice Boyd's insightful statements made in Middlekamp v. Fraser Valley Real Estate Board, when she was similarly plagued by the allegation of bias and recusal:

I cannot accede to such an argument since to do so, in my view, would establish a very dangerous precedent in these courts. In effect, I would be inviting disgruntled, unhappy litigants or their counsel to make whatever allegations they wished, in support of an application for the judge to disqualify himself or herself. If the allegations failed to provide a proper foundation for a finding of bias or a reasonable apprehension of bias, the litigant could nevertheless take comfort in the knowledge that the mere making of the allegations would, by their very nature, taint the process and force the disqualification of the judge. This very danger was recognized by Chief Justice McEachern, C.J.B.C. in *G.W.L. Properties Limited v. W.R. Grace & Company of Canada Ltd.*, 1992 CanLII 934 (BC CA), 74 BCLR (2d) 283 (BC CA) where he said:

“A reasonable apprehension of bias will not usually arise unless there are legal grounds upon which a judge should be disqualified. It is not quite as simple as that because care must always be taken to insure that there is no appearance of unfairness. That, however, does not permit the court to yield to every angry objection that is voiced about the conduct of litigation. We hear so much angry objection these days that we must be careful to ensure that important rights are not sacrificed merely to satisfy the anxiety of those who seek to have their own way at any cost or at any price...”

It is tempting for a trial judge, in circumstances such as those at hand, to yield to the disgruntled litigant or to his or her counsel. But to do so would be to ignore and abandon the rights of the many litigants in this action, who have thus far participated in almost four months of trial. My public duty is to sit and continue to sit fairly and impartially and see this trial to its conclusion. I am confident that can be done in an atmosphere of goodwill, of fairness and impartiality.

alors éliminer de façon sélective, de par leur comportement, des présidents d'audience.

Le tribunal est d'accord avec les déclarations éclairées que la juge Boyd a formulées dans l'affaire *Middlekamp c. Fraser Valley Real Estate Board*, alors qu'elle était également visée par une allégation de partialité et une demande de récusation :

[TRADUCTION]

Je ne puis retenir cet argument, au risque de créer un dangereux précédent devant nos tribunaux. Agir autrement reviendrait à inviter des plaideurs mécontents ou leur conseil à formuler toute allégation qu'ils veulent au soutien de leur demande de récusation d'un juge. Si les allégations ne permettaient pas de conclure à de partialité ou à une crainte raisonnable de partialité, le plaideur pourrait quand même se consoler en sachant que le simple fait de formuler de telles allégations aurait pour effet d'entacher la procédure et de contraindre le juge à se récuser. Le juge en chef McEachern de la Colombie-Britannique a reconnu ce danger dans la décision *G.W.L. Properties Limited c. W.R. Grace et Company of Canada Ltd.*, (1992), 1992 CanLII 934 (CA C.-B.), 74 B.C.L.R. (2<sup>e</sup>) 283 (C.A. C.-B.) dans laquelle il a déclaré :

[TRADUCTION]

« Il n'y a normalement crainte raisonnable de partialité que lorsqu'il existe des motifs juridiques justifiant la récusation du juge. Les choses ne sont cependant pas toujours aussi simple, parce qu'il faut toujours s'assurer qu'il n'y ait aucune apparence d'injustice. Cela ne permet cependant pas au tribunal de céder devant toute objection véhémement qui lui est adressée au sujet du déroulement de l'instance. Nous entendons tellement d'objections véhémentes de nos jours que nous devons prendre garde de ne pas sacrifier des droits importants simplement pour apaiser ceux qui veulent à tout prix que les choses se passent comme ils l'entendent [...] »

Dans des circonstances comme celles en l'espèce, il est tentant pour un juge de première instance de céder devant un plaideur mécontent ou son conseil. Cependant, une telle action aurait pour effet de faire fi des droits des nombreux plaideurs en l'espèce, qui ont jusqu'à maintenant pris part à un procès de presque quatre mois, et d'éliminer ces droits. Mon devoir public est de siéger et de continuer de siéger de façon équitable et impartiale et de tenir le procès jusqu'au bout. Je suis convaincu qu'il est possible de le faire de bonne foi et de façon juste et impartiale.

Indeed, this Tribunal has no stake in the outcome of these proceedings, but recognizes, and is mindful of, the important rights at stake for the parties involved. It has therefore only been interested in discharging its duty by fairly and impartially adjudicating this matter and making a determination that is reasonably supported by the evidence.

In conclusion, the Tribunal has not aligned itself with either party in any way. The record simply does not provide a foundation for a reasonably informed person well apprised of the context and circumstances to have a reasonable apprehension of bias. [Footnotes omitted.]

[37] On my review of the transcript the Board's handling of the matters before it was beyond reproach and no arguable case for bias was made out before the Board or before me.

*D. Did the Board Err by Declining to Entertain an Abuse of Process Argument?*

[38] Mr. Bruzzese complains that the Board unfairly deprived him of the opportunity to attack the respondent Minister of Public Safety and Emergency Preparedness' (the respondent) motives for convening an admissibility hearing. According to this argument the respondent's conduct amounted to an abuse of process intended to get around the inability to extradite. This was an argument previously raised in this Court in support of a production order in the context of a judicial review seeking declaratory relief and a prohibition order. Justice Peter Annis declined to order production because the underlying allegation of bad faith lacked an "air of reality". The same can be said of the argument now advanced to me: it amounts only to speculation.

[39] In an interlocutory decision rendered on January 22, 2015, the Board declined to entertain Mr. Bruzzese's abuse of process challenge on the basis of an absence of jurisdiction. After a thorough review of the case law, including some contradictory views, the Board concluded as follows [at paragraphs 37–42 and 56]:

En effet, le tribunal n'est pas concerné par l'issue de la présente procédure, mais reconnaît les importants droits qui sont en jeu pour les parties et en tient compte. Par conséquent, il s'intéresse seulement à s'acquitter de son devoir en tranchant l'affaire de façon juste et impartiale, et à rendre une décision raisonnablement appuyée par la preuve.

En conclusion, le tribunal ne s'est mis en aucune façon du côté d'une partie ou l'autre. Le dossier ne permet tout simplement pas à une personne raisonnablement informée et bien au courant du contexte et des circonstances d'avoir une crainte raisonnable de partialité. [Notes de bas de page omises.]

[37] Dans mon examen de la transcription, la façon dont la Commission a réglé les affaires dont elle était saisie est tout à fait sans reproche et aucun argument défendable de partialité ne m'a été présenté ou à la Commission.

*D. La Commission a-t-elle commis une erreur en refusant d'entendre un argument lié à l'abus de procédure?*

[38] M. Bruzzese se plaint que la Commission l'a privé injustement de la possibilité d'attaquer les motifs du défendeur le ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile (le défendeur) de convoquer une enquête. Selon cet argument, la conduite du défendeur équivalait à un abus de procédure destiné à contourner l'incapacité d'extrader. Il s'agissait d'un argument soulevé précédemment devant la Cour à l'appui d'une ordonnance de communication dans le contexte d'un contrôle judiciaire visant l'obtention d'un jugement déclaratoire et une ordonnance d'interdiction. Le juge Peter Annis a refusé d'ordonner une communication parce que l'allégation sous-jacente de mauvaise foi n'avait pas un [TRADUCTION] « air de réalité ». On peut en dire autant maintenant de l'argument que l'on me présente : il n'est rien d'autre que pure conjecture.

[39] Dans une décision interlocutoire rendue le 22 janvier 2015, la Commission a refusé d'entendre la contestation de M. Bruzzese pour abus de procédure pour absence de compétence. Après un examen minutieux de la jurisprudence, notamment quelques opinions contradictoires, la Commission a conclu [aux paragraphes 37 à 42 et 56] :

Respectfully, this Tribunal prefers the Rogan trajectory, and considers the abuse of process and disguised extradition argument to be irrelevant to the present Admissibility Hearing; it in fact constitutes an indirect or collateral challenge or attack on the validity or legality of the report and referral, and this Tribunal finds that it has no jurisdiction to look behind the report and the referral.

As indicated above, subsection 162(1) of the IRPA explicitly empowers the Immigration Division to consider all questions of law, including questions of jurisdiction. Although wide-ranging, this power is nonetheless circumscribed where the legislator has, either expressly or impliedly, removed that power from the Tribunal.

In the context of Admissibility Hearings, section 45 of the IRPA, by its wording, limits the powers of the Immigration Division. It reads as follows:

**45.** The Immigration Division, at the conclusion of an admissibility hearing, shall make one of the following decisions

(a) recognize the right to enter Canada of a Canadian citizen within the meaning of the *Citizenship Act*, a person registered as an Indian under the *Indian Act* or a permanent resident;

(b) grant permanent resident status or temporary resident status to a foreign national if it is satisfied that the foreign national meets the requirements of this Act;

(c) authorize a permanent resident or a foreign national, with or without conditions, to enter Canada for further examination; or

(d) make the applicable removal order against a foreign national who has not been authorized to enter Canada, if it is not satisfied that the foreign national is not inadmissible, or against a foreign national who has been authorized to enter Canada or a permanent resident, if it is satisfied that the foreign national or the permanent resident is inadmissible.

The options, therefore, are quite limited, and, practically, the only action that can be taken by the Immigration Division at the conclusion of an Admissibility Hearing has to be under paragraph 45(d) of the IRPA. There is no other way for the Immigration Division to conclude or terminate the process. This provision does not grant the Immigration Division the authority to make determinations about the bona fides of processes undertaken by the CBSA, culminating in the referral of reports to the Division.

[TRADUCTION] Respectueusement, le Tribunal préfère la trajectoire Rogan et considère que l'abus de procédure et l'argument d'extradition déguisée ne sont pas pertinents à la présente enquête; ils constituent en fait une contestation ou une attaque indirecte ou collatérale de la validité ou de la légalité du rapport et du renvoi, et le Tribunal conclut qu'il n'a aucune compétence pour examiner le rapport ou le renvoi.

Comme il est indiqué plus haut, le paragraphe 162(1) de la LIPR habilite explicitement la Section de l'immigration à tenir compte de toutes les questions de droit, y compris les questions de compétence. Bien que vaste, ce pouvoir est néanmoins limité là où le législateur a, implicitement ou explicitement, enlevé ce pouvoir au Tribunal.

Dans le contexte des enquêtes, l'article 45 de la LIPR, de par son libellé, limite les pouvoirs de la Section de l'immigration. Cet article se lit ainsi :

**45.** Après avoir procédé à une enquête, la Section de l'immigration rend telle des décisions suivantes :

a) reconnaître le droit d'entrer au Canada au citoyen canadien au sens de la *Loi sur la citoyenneté*, à la personne inscrite comme Indien au sens de la *Loi sur les Indiens* et au résident permanent;

b) octroyer à l'étranger le statut de résident permanent ou temporaire sur preuve qu'il se conforme à la présente loi;

c) autoriser le résident permanent ou l'étranger à entrer, avec ou sans conditions, au Canada pour contrôle complémentaire;

d) prendre la mesure de renvoi applicable contre l'étranger non autorisé à entrer au Canada et dont il n'est pas prouvé qu'il n'est pas interdit de territoire, ou contre l'étranger autorisé à y entrer ou le résident permanent sur preuve qu'il est interdit de territoire.

Par conséquent, les options sont passablement limitées et, sur le plan pratique, la seule mesure qui peut prendre la Section de l'immigration au terme d'une enquête est celle visée par l'alinéa 45d) de la LIPR. La Section de l'immigration ne peut d'aucune autre façon conclure le processus ou y mettre fin. Cette disposition n'accorde pas à la Section de l'immigration le pouvoir de tirer des conclusions quant à la bonne foi des processus entrepris par l'ASFC, débouchant sur le renvoi de rapports à la Section.

Whilst the Immigration Division does retain some focused authority to prevent an abuse of its own process within its own proceedings and context in order to ensure that Charter rights and procedural rights are respected, its role cannot be overextended to include the scrutiny and evaluation of steps taken under processes which are peripheral to, or outside, its processes.

The Admissibility Hearing, then, is not the forum to delve into considerations and assessments relating to how the report came to be, and/or what animated the report and the referral. It is simply the mechanism to determine admissibility or inadmissibility based on the totality of the evidence and, where justified and required, the mode to issue a removal order. This result, the Federal Court concludes, is a foregone conclusion.

...

In conclusion, this Tribunal rules that it does not have the authority to consider the abuse of process through disguised extradition argument raised by Mr. Bruzzese. To consider that argument would be to entertain a matter which has nothing to do with the central question of whether or not Mr. Bruzzese is inadmissible to Canada under subsection 37(1) of the IRPA. Additionally, to do so would be tantamount to questioning the validity or legality of the inadmissibility report and the related referral, something that the Immigration Division does not have the authority to do. [Emphasis in original; footnotes omitted.]

[40] The Board's reasons for declining to open up the hearing to an attack on the respondent's motives are thoughtful, thorough and in accordance with the weight of the applicable jurisprudence. Although the Board framed the issue as jurisdictional this is still an issue that involves the interpretation of the IRPA. It is, therefore, a ruling that is entitled to deference. The fact that Mr. Bruzzese can point to some competing legal authority does not render the decision unreasonable. If I am wrong about the requirement for paying deference to this finding, I am also satisfied that the Board was correct in ruling as it did.

Bien que la Section de l'immigration ait un certain pouvoir concentré pour empêcher un abus de son propre processus dans le cadre de ses propres procédures et de son propre contexte pour s'assurer que les droits en matière de procédure et les droits visés par la Charte sont respectés, son rôle ne peut pas être élargi de façon à inclure l'examen et l'évaluation de mesures prises en vertu de processus périphériques à ses processus, ou à l'extérieur de ces derniers.

Ainsi, l'enquête ne constitue pas la tribune pour approfondir des considérations et des évaluations sur la façon dont le rapport a été préparé ou sur ce qui est à l'origine du rapport et du renvoi. Il s'agit tout simplement du mécanisme visant à déterminer l'interdiction de territoire ou non fondée sur la totalité des éléments de preuve et, lorsque cela est justifié et exigé, le mode pour prendre une mesure de renvoi. Ce résultat, conclut la Cour fédérale, est une conclusion inévitable.

[...]

En conclusion, le Tribunal conclut qu'il n'a pas le pouvoir d'examiner la question d'abus de procédure par le biais de l'argument d'extradition déguisée soulevé par M. Bruzzese. Prendre cet argument en considération reviendrait à entendre une affaire qui n'a rien à voir avec la question centrale de savoir si M. Bruzzese est ou non interdit de territoire au Canada en vertu du paragraphe 37(1) de la LIPR. En outre, le faire équivaldrait à remettre en question la validité ou la légalité du rapport sur l'interdiction de territoire et le renvoi connexe, chose que la Section de l'immigration n'est pas autorisée à faire. [Souligné dans l'original; notes de bas de page omises.]

[40] Les motifs de la Commission pour refuser d'étendre l'audience à une attaque sur les motifs du défendeur sont réfléchis, exhaustifs et conformes au poids de la jurisprudence applicable. Même si la Commission a formulé la question en litige comme étant une question de compétence, il s'agit toujours d'une question en litige qui fait intervenir l'interprétation de la LIPR. Par conséquent, il s'agit d'une décision qui justifie la retenue. Le fait que M. Bruzzese puisse faire valoir une certaine autorité juridique concurrente ne rend pas la décision déraisonnable. Si j'ai tort quant à l'exigence de faire preuve de retenue à l'égard de cette conclusion, je suis aussi convaincu que la Commission a pris la décision correcte.

E. *Did the Board Unfairly Restrict Mr. Bruzzese's Right to Answer the Case Against Him?*

[41] Mr. Bruzzese's written argument asserts that the Board made interlocutory rulings without the benefit of hearing his counsel and limited his counsel's right of cross-examination. It is, however, noteworthy that these allegations are unsupported by any cited examples. My review of the record validates the Minister's point that Mr. Bruzzese had the benefit of ample due process in the form of 280 pages of cross-examination of Major De Felice spread over five sittings and with Mr. Bruzzese's friendly cross-examination taking up some 59 pages in the transcript.

F. *Was the Board's Decision Unreasonable?*

[42] Mr. Bruzzese contends that the Board erred in its attribution of weight to the evidence by accepting, at face value, Major De Felice's assurances of reliability. There is nothing in the decision to support this argument. Indeed, the Board's reasons reflect a sensitive, thoughtful and careful assessment of the evidence leading to the reasonable conclusion that Mr. Bruzzese was a member of the 'Ndrangheta and that the Minister had met the requisite burden of proof.

[43] For the foregoing reasons this application for judicial review is dismissed.

[44] Counsel for Mr. Bruzzese will have five days to propose a certified question and counsel for the Minister will have three days to respond.

JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that this application for judicial review is dismissed.

E. *La Commission a-t-elle limité injustement le droit de M. Bruzzese de répondre à ce qui lui est reproché?*

[41] Les observations écrites de M. Bruzzese indiquent que la Commission a pris des décisions interlocutoires sans entendre son avocate et a limité le droit de contre-interrogatoire de son avocate. Cependant, il faut signaler que ces allégations ne sont pas étayées par les exemples cités. Mon examen du dossier valide ce que fait valoir le ministre, à savoir que M. Bruzzese a eu amplement accès au contre-interrogatoire de 280 pages du major De Felice qui s'est étalé sur cinq séances, le contre-interrogatoire amical de M. Bruzzese représentant quelque 59 pages de la transcription.

F. *La décision de la Commission était-elle déraisonnable?*

[42] M. Bruzzese soutient que la Commission a commis une erreur dans son attribution du poids aux éléments de preuve en acceptant, sur parole, les assurances de fiabilité du major De Felice. Rien dans la décision n'étaye cet argument. En effet, les motifs de la Commission traduisent une évaluation sensible, réfléchie et minutieuse des éléments de preuve menant à la conclusion raisonnable que M. Bruzzese était membre de la 'Ndrangheta et que le ministre s'est acquitté du fardeau de la preuve.

[43] Pour les motifs qui précèdent, la présente demande de contrôle judiciaire est rejetée.

[44] L'avocate de M. Bruzzese a cinq jours pour proposer une question certifiée et les avocats du ministre auront trois jours pour y répondre.

JUGEMENT

LA COUR rejette la présente demande de contrôle judiciaire.

A-29-15  
2016 FCA 311

A-29-15  
2016 CAF 311

**The Governor General in Council, Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development, Minister of Finance, Minister of the Environment, Minister of Fisheries and Oceans, Minister of Transport, and Minister of Natural Resources** (*Appellants*)

**Le gouverneur général en conseil, le ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord canadien, le ministre des Finances, le ministre de l'Environnement, le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Transports et le ministre des Ressources naturelles** (*appelants*)

v.

c.

**Chief Steve Courtoreille on Behalf of Himself and the Members of the Mikisew Cree First Nation** (*Respondent*)

**Le chef Steve Courtoreille, en son nom et au nom de tous les membres de la Première nation crie Mikisew** (*intimés*)

**INDEXED AS: CANADA (GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL) v. MIKISEW CREE FIRST NATION**

**RÉPERTORIÉ : CANADA (GOUVERNEUR GÉNÉRAL EN CONSEIL) c. PREMIÈRE NATION CRIE MIKISEW**

Federal Court of Appeal, Pelletier, Webb and de Montigny J.J.A.—Edmonton, May 12; Ottawa, December 7, 2016.

Cour d'appel fédérale, juges Pelletier, Webb et de Montigny, J.C.A.—Edmonton, 12 mai; Ottawa, 7 décembre 2016.

*Aboriginal Peoples — Duty to consult — Appeal, cross-appeal from Federal Court decision granting in part respondent's application for judicial review claiming appellants breaching duty to consult Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on development, introduction of omnibus bills affecting their treaty rights — Omnibus bills resulting in legislative changes relating to environment, navigable waters — Mikisew Cree arguing, inter alia, Crown having duty to consult during development, introduction of omnibus bills in Parliament — Federal Court finding, inter alia, application not precluded by Federal Courts Act, s. 2(2) — Declaring Crown having duty to consult with the Mikisew Cree at time each omnibus bill introduced in Parliament by giving notice, opportunity to provide submissions — Appeal allowed, cross-appeal dismissed — Appellant ministers' source of power legislative, deriving from status as members of Parliament — Therefore, matter not proper subject for judicial review under Act — Federal Court erring in declaring notice be given to Mikisew Cree in respect of provisions impacting their rights upon introduction of omnibus bills — Legislative process matter solely within purview of Parliament — Imposing duty to consult at any stage of process as legal requirement impractical, cumbersome, fettering ministers in their law-making capacity — Courts cannot, should not intervene before statute actually adopted.*

*Peuples autochtones — Obligation de consulter — Appel et appel incident d'une décision de la Cour fédérale ayant accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt de projets de loi omnibus susceptibles d'avoir une incidence sur leurs droits issus de traités — Les projets de loi omnibus ont entraîné des modifications législatives liées à l'environnement et aux eaux navigables — La Première nation crie Mikisew a fait valoir, entre autres, que la Couronne avait le devoir de consulter au sujet de l'élaboration et du dépôt des projets de loi omnibus au Parlement — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la demande n'était pas interdite par l'art. 2(2) de la Loi sur les Cours fédérales — La Cour fédérale a déclaré que la Couronne avait effectivement l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew lorsque chaque projet de loi omnibus a été déposé au Parlement en avisant la Première nation crie Mikisew et en lui donnant la possibilité raisonnable de présenter des observations — Appel accueilli, appel incident rejeté — La source du pouvoir que les ministres, appelants en l'espèce, ont exercé était de nature législative et découlait de leur qualité à titre de parlementaires — Par conséquent, l'objet de la demande ne se prêtait pas à un contrôle judiciaire effectué aux termes de la Loi — La Cour fédérale a commis une erreur en déclarant que la Première nation crie Mikisew aurait dû être avisée des dispositions qui avaient des incidences sur ses droits au moment du dépôt des projets de loi omnibus au Parlement — La filière législative ressortit entièrement au*

*Administrative Law — Judicial Review — Federal Court granting in part respondent's application for judicial review claiming appellants breaching duty to consult Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on development, introduction of omnibus bills affecting their treaty rights — Federal Court finding, inter alia, application not precluded by Federal Courts Act, s. 2(2) — Whether Federal Court conducting judicial review of legislative action contrary to Federal Courts Act — Per de Montigny J.A. (Webb J.A. concurring): Appellant ministers' source of power legislative, derived from status as members of Parliament — Therefore, matter not proper subject for judicial review under Act — To be subject to judicial review, impugned decision or order must be made by "federal board, commission or other tribunal" — Here, to extent ministers, Governor in Council acting in their legislative capacity, judicial review not available — Ministers engaged in law-making process not acting as statutory decision makers but as legislators; actions, decisions thereof immune from judicial review — Per Pelletier J.A. (concurring reasons): Mikisew Cree's notice of application, although procedurally flawed, justiciable as claim for relief against Crown pursuant to Act, s. 17 — Nature of relief sought by Mikisew Cree declaratory with ancillary orders in support thereof — Declaration sought in application against someone other than federal board, commission or tribunal not dooming it to failure — Such proceeding may be granted remedy by Federal Court under Act, s. 17 — Because declaration (and injunction) available by way of action against Crown, characterization of respondent as federal board, commission or tribunal not critical to success or failure of proceeding seeking declaration — Mikisew Cree's application not doomed as result of simple procedural irregularity.*

*Constitutional Law — Fundamental Principles — Separation of powers — Federal Court granting in part*

*Parlement — L'imposition, à quelque étape du processus que ce soit, de l'obligation de consulter comme condition à toute loi non seulement se révélerait peu pratique et lourde, mais entraverait également les ministres dans leur capacité législative — Les tribunaux ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir avant que la mesure législative soit effectivement adoptée.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — La Cour fédérale a accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt de projets de loi omnibus susceptibles d'avoir une incidence sur leurs droits issus de traités — La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la demande n'était pas interdite par l'art. 2(2) de la Loi sur les Cours fédérales — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en procédant à un contrôle judiciaire d'une mesure législative, ce que ne permet pas la Loi sur les Cours fédérales — Le juge de Montigny, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A., souscrivant à ses motifs) : La source du pouvoir que les ministres, appelants en l'espèce, ont exercé était de nature législative et découlait de leur qualité à titre de parlementaires — Par conséquent, l'objet de la demande ne se prêtait pas à un contrôle judiciaire effectué aux termes de la Loi — Pour faire l'objet d'un contrôle judiciaire, il faut que la décision ou l'ordonnance contestée émane d'un « office fédéral » — En l'espèce, dans la mesure où les ministres et le gouverneur en conseil agissaient en leur capacité législative, le contrôle judiciaire n'était pas possible — Les ministres participent à la filière législative et ils n'agissent pas à titre de décideurs, mais à titre de législateurs, et leurs actes et décisions sont à l'abri du contrôle judiciaire — Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : l'avis de demande présenté par la Première nation crie Mikisew peut appeler l'intervention judiciaire, comme demande de réparation contre la Couronne, en vertu de l'art. 17, même s'il peut être entaché d'un vice de procédure — La réparation demandée par la Première nation crie Mikisew consistait principalement en jugements déclaratoires et ordonnances accessoires au soutien des jugements déclaratoires — Le fait qu'un jugement déclaratoire soit sollicité par voie de demande (et non par voie d'action) à l'encontre d'une personne autre qu'un office fédéral ne voue pas la demande à l'échec — Une telle procédure peut se voir accorder une réparation par la Cour fédérale en vertu de l'art. 17 de la Loi — Parce que le jugement déclaratoire (et l'injonction) peut être rendu à l'issue d'une action contre la Couronne, la question de savoir si le défendeur est un office fédéral ou non n'est pas cruciale pour l'instance visant à obtenir un jugement déclaratoire — La demande de la Première nation crie Mikisew n'était pas vouée à l'échec en raison de ce qui pourrait se révéler n'être qu'une simple irrégularité procédurale.*

*Droit constitutionnel — Principes fondamentaux — Séparation des pouvoirs — La Cour fédérale a accueilli en*

*respondent's application for judicial review claiming that appellants breached duty to consult Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on development, introduction of omnibus bills affecting their treaty rights — Mikisew Cree arguing, inter alia, Crown having duty to consult during development of legislation — Federal Court declaring Crown having duty to consult with the Mikisew Cree at time each omnibus bill introduced in Parliament by giving notice, opportunity to provide submissions — Issue whether Federal Court erring by failing to respect doctrine of separation of powers or principle of parliamentary privilege — Per de Montigny J.A. (Webb J.A. concurring): Federal Court erring in declaring that notice should be given to Mikisew Cree in respect of provisions impacting their rights, together with opportunity to make submissions, upon introduction of omnibus bills — Declaration inconsistent with Federal Court's previous findings that courts shall not intervene in law-making process as it would be an undue interference with Parliament's process, sovereignty — Also failing to recognize that no court has ever claimed jurisdiction over introduction of legislation in Parliament — Legislative process matter solely within purview of Parliament — Imposing duty to consult at any stage of process as legal requirement impractical, cumbersome, fettering ministers in their law-making capacity — Courts cannot, should not intervene before statute adopted — Per Pelletier J.A. (concurring reasons): — Argument that relief sought by Mikisew Cree barred by doctrine of separation of powers conflating questions of whether duty to consult arising, effect to be given if it did — Duty to consult not triggered by legislation of general application whose effects not specific to particular Aboriginal peoples — Duty to consult cannot render effective government impossible — Duty must be found in the decisions by which legislation operationalized.*

This was an appeal and cross-appeal from a decision of the Federal Court granting in part the respondent's application for judicial review claiming that the appellants breached their duty to consult the Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree) on the development and introduction in Parliament of two

*partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt de projets de loi omnibus susceptibles d'avoir une incidence sur leurs droits issus de traités — La Première nation crie Mikisew a fait valoir, entre autres, que la Couronne avait le devoir de consulter au sujet de l'élaboration et du dépôt des projets de loi — La Cour fédérale a déclaré que la Couronne avait effectivement l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew lorsque chacun des projets de loi omnibus a été déposé au Parlement en avisant la Première nation crie Mikisew et en lui donnant la possibilité raisonnable de présenter des observations — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en ne respectant pas le principe de la séparation des pouvoirs ou celui du privilège parlementaire — Le juge de Montigny, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A. souscrivant à ses motifs) : la Cour fédérale a commis une erreur en déclarant que la Première nation crie Mikisew aurait dû être avisée des dispositions qui avaient des incidences sur ses droits, et avoir la possibilité de présenter des observations, au moment du dépôt de chaque projet de loi omnibus — Le jugement déclaratoire était incompatible avec les conclusions antérieures de la Cour fédérale selon lesquelles le judiciaire ne doit pas intervenir dans la filière législative, car il s'agirait d'une immixtion indue dans les travaux et la souveraineté du Parlement — Le jugement déclaratoire ne tient pas compte non plus du fait qu'aucun tribunal ne s'est jamais dit compétent à l'égard du dépôt d'un projet de loi au Parlement — La filière législative ressortit entièrement au Parlement — L'imposition, à quelque étape du processus que ce soit, de l'obligation de consulter comme condition à toute loi non seulement se révélerait peu pratique et lourde, mais entraverait également les ministres dans leur capacité législative — Les tribunaux ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir avant que la mesure législative soit effectivement adoptée — Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : L'argument selon lequel la réparation demandée par la Première nation crie Mikisew était exclue par l'application de la doctrine de la séparation des pouvoirs confond deux questions, soit celle de savoir s'il y a obligation de consulter et comment on doit y donner effet — L'obligation de consulter ne peut découler d'une loi d'application générale dont les effets ne sont pas limités à certains peuples autochtones — L'obligation de consulter ne peut être interprétée de manière à empêcher l'action gouvernementale efficace — L'obligation de consulter doit se trouver dans les décisions de mise en œuvre d'une telle loi.*

Il s'agissait d'un appel et d'un appel incident d'une décision de la Cour fédérale ayant accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé au motif que les appelants ont manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du

omnibus bills that might affect their treaty rights under Treaty No. 8 to hunt, fish and trap.

The appellant Minister of Finance's omnibus bills resulted in legislative changes related to the environment and navigable waters. The Mikisew Cree alleged that those omnibus bills reduced the types of projects that were subject to federal environmental assessment, the navigable waters that required federal approval to build obstructing works on them, the protection of fish habitat, and the requirements to approve effects on species at risk. The Mikisew Cree argued, *inter alia*, that the Crown should have consulted with it during the development of that legislation and upon its introduction in Parliament.

The Federal Court found, *inter alia*, that the application was not precluded by subsection 2(2) of the *Federal Courts Act* (Act), which states that a "federal board, commission or other tribunal" does not include, amongst others, "the Senate, the House of Commons, [or] any committee or member of either House". The Federal Court was of the view that the Mikisew Cree sought judicial review of the actual process undertaken by ministers "before legislation has been drafted and presented to Parliament". The Federal Court also found that that if there was a duty to consult, it could not trigger any judicial intervention before a bill was introduced into Parliament by virtue of the separation of powers doctrine; and that the provisions which triggered a duty to consult could have been triggered when the omnibus bills were introduced to Parliament. The Federal Court went on to declare that the Crown had a duty to consult with the Mikisew Cree at the time each omnibus bill was introduced in Parliament by giving notice and an opportunity to provide submissions.

The main issues were whether the Federal Court erred in conducting a judicial review of legislative action contrary to the Act, and by failing to respect the doctrine of separation of powers or the principle of parliamentary privilege.

*Held*, the appeal should be allowed; the cross-appeal should be dismissed.

*Per de Montigny J.A. (Webb J.A. concurring)*: The source of the power that the appellant ministers exercised and which is the true object of the respondent's complaint was legislative in nature and derived from their status as members of Parliament. Therefore, the matter was not a proper subject for an application for judicial review under the Act.

dépôt de deux projets de loi omnibus au Parlement susceptibles d'avoir une incidence sur leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage issus du Traité n° 8.

Les projets de loi omnibus du ministre des Finances appelant ont entraîné des modifications législatives liées à l'environnement et aux eaux navigables. La Première nation crie Mikisew a fait valoir que les projets de loi omnibus ont limité les types de projets devant faire l'objet d'une évaluation environnementale fédérale, restreint les eaux navigables à l'égard desquelles la construction d'un ouvrage est subordonnée à l'approbation fédérale, diminué la protection de l'habitat du poisson et réduit les exigences relatives à l'approbation des effets sur les espèces en péril. La Première nation crie Mikisew a fait valoir, entre autres, que la Couronne aurait dû la consulter durant les travaux menant à la rédaction du texte législatif et dès son dépôt au Parlement.

La Cour fédérale a conclu, entre autres, que la demande n'était pas interdite par le paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, lequel prévoit que sont exclus de la définition d'« office fédéral » « le Sénat, la Chambre des communes [et] tout comité ou membre de l'une ou l'autre chambre ». La Cour fédérale était d'avis que la Première nation crie Mikisew sollicitait le contrôle judiciaire du processus suivi par les ministres « avant qu'un projet de loi soit rédigé et déposé au Parlement ». La Cour fédérale a également conclu que, s'il y avait obligation de consulter, aucune intervention judiciaire n'était possible avant le dépôt d'un projet de loi au Parlement, et ce en raison de la doctrine de la séparation des pouvoirs et que les dispositions qui font jouer l'obligation de consulter auraient pu entrer en jeu lorsque les projets de loi omnibus ont été déposés au Parlement. La Cour fédérale a en outre déclaré que la Couronne avait l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au moment où chaque projet de loi omnibus a été présenté au Parlement, en donnant un avis et la possibilité de présenter des observations.

Il s'agissait principalement de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en procédant à un contrôle judiciaire d'une mesure législative, ce que ne permet pas la Loi, et en ne respectant pas le principe de la séparation des pouvoirs ou celui du privilège parlementaire.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli; l'appel incident doit être rejeté.

Le juge de Montigny, J.C.A. (le juge Webb, J.C.A. souscrit à ses motifs) : La source du pouvoir que les ministres, appelants en l'espèce, ont exercé et qui est le véritable objet de la plainte de l'intimé était de nature législative et découlait de leur qualité à titre de parlementaires. Par conséquent, l'objet de la demande ne se prêtait pas à un contrôle judiciaire effectué aux termes de la Loi.

On a plain reading of sections 18 and 18.1 of the Act, along with the definition provided for “federal board, commission or other tribunal” at paragraph 2(1) and the exclusion from that definition of the Senate and House of Commons at paragraph 2(2), two requirements are needed for the Federal Court of Appeal and the Federal Court to be validly seized of an application for judicial review: (1) there must be an identifiable decision or order in respect of which a remedy is sought; (2) the impugned decision or order must be made by a “federal board, commission or other tribunal”. In the case at bar, the second of these conditions was not met. It was difficult to conceive of any discrete decision made by the Governor in Council or the various ministers that were the subject of this application for judicial review. The language of subsections 18.1(3) and (4) of the Act is permeated with notions that partake to administrative law. It is not the kind of language used in relation to legislative action. To the extent that the ministers and the Governor in Council were acting in their legislative capacity in developing the two omnibus bills, judicial review would not be available. Various statutes provide for the appointment of ministers, establish the scope of their mandates, and provide a basic framework of powers, duties and functions. Nowhere, however, do those statutes refer even implicitly to the ministers’ roles as policy makers or to the development of legislation for introduction into Parliament. This is not to say that such a responsibility is not part of their mandate as ministers; but it flows from the Constitution itself and from Canada’s system of parliamentary democracy, and not from a delegation of powers from Parliament to the executive. The exercise of such powers is not reviewable by way of judicial review. The legislative process is a fluid exercise involving many players, both at the political and at the government officials level. It would be artificial to parse out the elements of a minister’s functions associated to either its executive or legislative functions for the purpose of drawing a red line between the dual roles of the members of Cabinet. The Federal Court correctly found that the power exercised by the ministers in the entire course of the law-making process was legislative in nature. The Supreme Court in *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario* referred to the “legislative branch” as opposed to the “legislature”, thereby implicitly recognizing that the legislative function is not under the exclusive purview of parliamentarians in Canada’s system of government, where Cabinet ministers are by convention elected members of Parliament. In that context, it was difficult to understand why the Federal Court adopted a restrictive interpretation of subsection 2(2) of the Act. When read in its historical perspective, and bearing in mind the true nature of judicial review, the exclusion of the Senate and of the House of Commons in that subsection is not only meant to protect the existing function of parliamentary privilege by ensuring that judicial review is not extended to ministers acting in their capacity as members of Parliament or Senators, but more broadly to preclude judicial review of the legislative process at large. When ministers are engaged in the

Suivant le sens ordinaire des termes des articles 18 et 18.1 de la Loi, et selon la définition de « office fédéral » prévue au paragraphe 2(1) et de l’exclusion du Sénat et de la Chambre des communes de cette définition aux termes du paragraphe 2(2) de cette même Loi, deux conditions doivent être réunies pour que la Cour d’appel fédérale ou la Cour fédérale puisse être valablement saisie d’une demande de contrôle judiciaire : 1) il faut qu’il y ait une décision ou une ordonnance pour laquelle une réparation est demandée; 2) il faut que la décision ou l’ordonnance contestée émane d’un « office fédéral ». Dans le cas présent, il n’était pas satisfait à la deuxième de ces conditions. Il était difficile de circonscrire la décision émanant du gouverneur en conseil ou de divers ministres à l’origine de la présente demande de contrôle judiciaire. Le libellé des paragraphes 18.1(3) et (4) de la Loi est imprégné de notions qui participent du droit administratif. Ce ne sont manifestement pas des termes qui renvoient à une mesure législative. En conséquence, si les ministres et le gouverneur en conseil ont agi en leur capacité législative lorsqu’ils ont élaboré les deux projets de loi omnibus, le contrôle judiciaire ne sera pas possible. Diverses lois prévoient la nomination de ministres, définissent la portée de leur mandat et fournissent un cadre général de pouvoirs, obligations et fonctions. Toutefois, ces lois ne renvoient aucunement, même implicitement, au rôle des ministres dans l’orientation politique ou l’élaboration des projets de loi pour dépôt au Parlement. Or, cela signifie non pas qu’une telle responsabilité ne fait pas partie de leur mandat de ministres, mais plutôt qu’elle découle de la Constitution même et de notre système de démocratie parlementaire, et non d’une délégation de pouvoirs du Parlement à l’exécutif. L’exercice de ces pouvoirs n’est pas susceptible de contrôle judiciaire. La filière législative constitue un exercice évolutif faisant intervenir de nombreux acteurs, tant des politiciens que des fonctionnaires. Il serait artificiel de catégoriser les fonctions d’un ministre selon qu’elles ressortissent soit au législatif, soit à l’exécutif, en vue de discriminer les deux rôles des membres du Cabinet. La Cour fédérale a conclu à bon droit que le pouvoir exercé par les ministres dans l’ensemble de l’exercice d’élaboration des lois ressortissait au législatif. La Cour suprême dans l’arrêt *Ontario c. Criminal Lawyers Association of Ontario* a fait référence à la « fonction législative » par opposition à la « législature », reconnaissant donc implicitement que la fonction législative n’est pas du ressort exclusif des parlementaires dans le système de gouvernement du Canada, où les ministres du Cabinet sont, par convention, des députés élus. À la lumière de ce qui précède, il était difficile de comprendre pourquoi le juge a adopté une interprétation restrictive du paragraphe 2(2) de la Loi. Si on replace l’exclusion du Sénat et de la Chambre des communes prévue dans la disposition dans un contexte historique, compte tenu de la véritable nature du contrôle judiciaire, cette exclusion vise non seulement à protéger l’objet du privilège parlementaire en veillant à ce que le contrôle judiciaire ne soit pas étendu aux actes des ministres — en leur qualité de parlementaires — ou des sénateurs, mais

law-making process, they are not acting as statutory decision makers but as legislators, and their actions and decisions are immune from judicial review.

With respect to the doctrine of separation of powers and the principle of parliamentary privilege, the Federal Court erred in declaring that notice should have been given to the Mikisew Cree in respect of those provisions that might have reasonably been expected to impact their rights, together with an opportunity to make submissions, upon the introduction of each omnibus bill into Parliament. This declaration was inconsistent with the Federal Court's previous findings that courts shall not intervene in the law-making process as it would be an undue interference with Parliament's process and sovereignty, and failed to recognize that no court has ever claimed jurisdiction over the introduction of legislation in Parliament. The legislative process, from its very inception where policy options are discussed and developed to the actual enactment of a bill following its adoption by both Houses and the granting of royal assent by the Governor General, is a matter solely within the purview of Parliament. Imposing a duty to consult at any stage of the process, as a legal requirement, would not only be impractical and cumbersome and potentially grind the legislative process to a halt, but would also fetter ministers and other members of Parliament in their law-making capacity. The respondent and other First Nations are not without any recourse: Ministers are free to consult before introducing legislation into Parliament; First Nations and band representatives may lobby government officials and members of Parliament to ensure that their interests and grievances are taken into account, and may seek to be heard before parliamentary committees. To the extent that the impugned decisions directly derive from the policy choices embedded in a statute, the validity of such a statute may be called into question, and consultation prior to the adoption of that statute will be a key factor in determining whether the infringement of an Aboriginal or treaty right is justified. But courts cannot and should not intervene before a statute is actually adopted. To come to the opposite conclusion would stifle parliamentary sovereignty and would cause undue delay in the legislative process.

*Per Pelletier J.A. (concurring reasons):* Even if the Mikisew Cree's notice of application fails as an application for judicial review, it is nonetheless justiciable as a claim for relief against the Crown pursuant to section 17 of the Act, even though it may be procedurally flawed. This is because of the nature of the relief sought by the Mikisew Cree, which is primarily declaratory with ancillary orders in support of the

aussi à empêcher le contrôle judiciaire de la filière législative en général. Lorsque les ministres participent à la filière législative, à quelque étape que ce soit, ils n'agissent pas à titre de décideurs qui tirent leur pouvoir d'une loi, mais à titre de législateurs, et leurs actes et décisions sont à l'abri du contrôle judiciaire.

Quant au principe de la séparation des pouvoirs et celui du privilège parlementaire, la Cour fédérale a commis une erreur en déclarant que la Première nation crie Mikisew aurait dû être avisée des dispositions dont on aurait pu raisonnablement s'attendre qu'elles aient des incidences sur ses droits, et avoir la possibilité de présenter des observations, au moment du dépôt de chaque projet de loi omnibus au Parlement. Ce jugement déclaratoire était incompatible avec les conclusions antérieures de la Cour fédérale selon lesquelles le judiciaire ne doit pas intervenir dans la filière législative, car il s'agirait d'une immixtion indue dans les travaux et la souveraineté du Parlement, et ne tenait pas compte du fait qu'aucun tribunal ne s'est jamais dit compétent à l'égard du dépôt d'un projet de loi au Parlement. La filière législative — et ce dès le début, de l'analyse des possibilités d'action à l'édiction d'une loi à la suite de son adoption par les deux chambres et l'octroi de la sanction royale par le gouverneur général — ressortit entièrement au Parlement. L'imposition, à quelque étape du processus que ce soit, de l'obligation de consulter comme condition à toute loi non seulement se révélerait peu pratique et lourde et risquerait de paralyser la filière législative, mais entraverait également les ministres et d'autres parlementaires dans leur capacité législative. L'intimé et d'autres Premières Nations ne sont pas dépourvus de recours pour autant : les ministres sont libres de procéder à des consultations, et il est bon sur le plan politique de discuter avec les acteurs du domaine, comme les groupes autochtones, des initiatives législatives susceptibles d'avoir une incidence sur eux ou qui les intéressent particulièrement, avant de déposer un projet de loi au Parlement. Si les décisions contestées découlent directement des choix politiques qui sous-tendent la loi, la validité de cette dernière peut être remise en question et la tenue de consultations avant son adoption constituera un facteur clé dans l'analyse servant à décider si la violation d'un droit ancestral ou issu d'un traité est justifiée. Or, les tribunaux ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir avant que la mesure législative soit effectivement adoptée. Conclure le contraire aurait pour effet d'entraver la souveraineté du Parlement et d'entraîner un retard indu dans la filière législative.

Le juge Pelletier, J.C.A. (motifs concordants) : Même si l'avis de demande présenté par la Première nation crie Mikisew ne saurait aboutir à un contrôle judiciaire, il peut néanmoins appeler l'intervention judiciaire, comme demande de réparation contre la Couronne, en vertu de l'article 17 de la Loi, même s'il peut être entaché d'un vice de procédure. Et ce, en raison de la nature de la réparation

declarations. A declaration can be obtained by application or by action. A declaration that is sought in an application (as opposed to an action) against someone other than a federal board, commission or tribunal does not doom it to failure. While such a proceeding may not be an application for judicial review, it may nonetheless seek a remedy which the Federal Court has the power to grant under section 17 rather than section 18 of the Act. Because declaration (and injunction) is available by way of action against the Crown, the characterization of the respondent as a federal board, commission or tribunal is not critical to the success or failure of a proceeding seeking a declaration. The Mikisew Cree's application was not doomed to fail as a result of what may be a simple procedural irregularity. The appellants' argument that the relief sought by the Mikisew Cree was barred by the doctrine of the separation of powers conflates the questions of whether the duty to consult arises, and the effect it is to be given if it does. The honour of the Crown vis-à-vis Aboriginal peoples was not engaged by the amendments because the duty to consult is not triggered by legislation of general application whose effects are not specific to particular Aboriginal peoples or to the territories in which they have or claim an interest. The origin and development of the duty to consult does not support the view that it requires the Crown to consult with Aboriginal peoples in cases where the governmental action is aimed at the whole of the territory of Canada and all of its peoples. The question of whether governmental action giving rise to the duty to consult includes legislative action, a question left open by the Supreme Court in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, must be answered in the negative insofar as the legislation in issue is of general application. The duty to consult cannot be conceived in such a way as to render effective government impossible. The threshold at which the duty to consult arises cannot be set so low that it is triggered by legislative action which is not aimed at specific Aboriginal groups or to territories in which they have, or claim, an interest. The duty must be found in the decisions by which such legislation is operationalized. Given that there is no duty to consult with respect to laws of general application, the question of where in the legislative process that consultation might occur did not arise. To that extent, the distinction which the Mikisew Cree sought to draw between policy development and the legislative process did not assist them in this case. If the duty to consult did not arise, the question of the modalities of that consultation did not arise either.

demandée par la Première nation crie Mikisew, qui consiste principalement en jugements déclaratoires et ordonnances accessoires au soutien des jugements déclaratoires. Un jugement déclaratoire peut être obtenu par voie de demande ou d'action. Un jugement déclaratoire qui est sollicité par voie de demande (et non par voie d'action) à l'encontre d'une personne autre qu'un office fédéral ne voue pas la demande à l'échec. S'il ne s'agit pas d'une demande de contrôle judiciaire, l'acte introductif d'instance peut néanmoins demander une réparation que la Cour fédérale a le pouvoir d'accorder, et ce en vertu de l'article 17 plutôt que de l'article 18 de la Loi. Mais parce que le jugement déclaratoire (et l'injonction) peut être rendu à l'issue d'une action contre la Couronne, la question de savoir si le défendeur est un office fédéral ou non n'est pas cruciale pour l'instance visant à obtenir un jugement déclaratoire. La demande de la Première nation crie Mikisew n'était pas vouée à l'échec en raison de ce qui pourrait se révéler n'être qu'une simple irrégularité procédurale. L'argument des appelants selon lequel la réparation demandée par la Première nation crie Mikisew était exclue par l'application de la doctrine de la séparation des pouvoirs confond deux questions, soit celle de savoir s'il y a obligation de consulter et comment on doit y donner effet. Les modifications n'ont pas fait jouer le principe de l'honneur de la Couronne envers les peuples autochtones, car l'obligation de consulter ne peut découler d'une loi d'application générale dont les effets ne sont pas limités à certains peuples autochtones ou aux territoires sur lesquels ils ont ou revendiquent un droit. L'origine et l'évolution de l'obligation de consulter ne permettent pas d'affirmer que, pour s'en acquitter, la Couronne doit consulter les peuples autochtones dans les cas où la mesure gouvernementale vise l'ensemble du territoire du Canada et de ses habitants. La question de savoir si on peut assimiler une mesure législative à une mesure gouvernementale faisant jouer l'obligation de consulter, à laquelle n'avait pas répondu l'arrêt de la Cour suprême dans *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, doit recevoir une réponse négative dans la mesure où la loi en question est d'application générale. L'obligation de consulter ne peut être interprétée de manière à empêcher l'action gouvernementale efficace. Le critère ne saurait être si peu strict que la mesure législative qui ne vise pas des groupes autochtones particuliers ou des territoires à l'égard desquels ceux-ci ont un intérêt ou des revendications ferait jouer l'obligation de consulter. L'obligation de consulter doit se trouver dans les décisions de mise en œuvre d'une telle loi. Étant donné qu'une loi d'application générale ne fait pas jouer l'obligation de consulter, la question de savoir à quelle étape de la filière législative la consultation doit intervenir ne se pose pas. Ainsi, la distinction que la Première nation crie Mikisew cherchait à établir entre l'élaboration des politiques et la filière législative comme telle n'est d'aucun secours en l'espèce. Si l'obligation de consulter ne jouait pas, la question des modalités de la consultation ne se posait pas non plus.

## STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Bill C-38, *An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*, 41st Parl., 1st Sess., 2012.
- Bill C-45, *A second Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*, 41st Parl., 1st Sess., 2012.
- Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, [R.S.C., 1985, Appendix III], s. 1(a).
- 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, 2(d).
- Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (rep. by S.C. 2012, c. 19, s. 66).
- Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52, art. 5(1).
- Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33.
- 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], Part IV, s. 91(24).
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
- Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15.
- Department of Indian Affairs and Northern Development Act*, R.S.C., 1985, c. I-6.
- Department of Natural Resources Act*, S.C. 1994, c. 41.
- Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10.
- Department of Transport Act*, R.S.C., 1985, c. T-18.
- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 2 “federal board, commission or other tribunal”, 17, 18, 18.1, 28.
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 56, 57, 58, 59, 60.
- Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.
- Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5.
- Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, S.C. 2012, c. 19.
- Jobs and Growth Act, 2012*, S.C. 2012, c. 31.
- Navigation Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22.
- Royal Proclamation, 1763 (The)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.
- Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29.
- Water Act*, R.S.A. 2000, c. 3, s. 9.

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 2d).
- Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44 [L.R.C. (1985), appendice III], art. 1a).
- Loi canadienne sur la protection de l’environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33.
- Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (abrogée par L.C. 2012, ch. 19, art. 66).
- Loi canadienne sur l’évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52, art. 5(1).
- 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], partie IV, art. 91(24).
- 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. 35.
- Loi de 2012 sur l’emploi et la croissance*, L.C. 2012, ch. 31.
- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.
- Loi sur la protection de la navigation*, L.R.C. (1985), ch. N-22.
- Loi sur l’emploi, la croissance et la prospérité durable*, L.C. 2012, ch. 19.
- Loi sur le ministère de l’Environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-10.
- Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. (1985), ch. I-6.
- Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), ch. F-15.
- Loi sur le ministère des Ressources naturelles*, L.C. 1994, ch. 41.
- Loi sur le ministère des Transports*, L.R.C. (1985), ch. T-18.
- Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 2 « office fédéral », 17, 18, 18.1, 28.
- Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29.
- Loi sur les indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.
- Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14.
- Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), appendice II, n° 1.
- Projet de loi C-38, *Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d’autres mesures*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2012.
- Projet de loi C-45, *Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d’autres mesures*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2012.
- Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 56, 57, 58, 59, 60.
- Water Act*, R.S.A. 2000, ch. 3, art. 9.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Treaty No. 3 (1873).  
Treaty No. 8 (1899).

## CASES CITED

## APPLIED:

*Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3; *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525, (1991), 83 D.L.R. (4th) 297; *Galati v. Canada (Governor General)*, 2015 FC 91, [2015] 4 F.C.R. 3.

## DISTINGUISHED:

*Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Environment)*, 2010 ABCA 137 (CanLII), 482 A.R. 198; *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1992] 3 F.C. 192, (1992), 95 D.L.R. (4th) 106 (C.A.), rev'd [1994] 3 S.C.R. 627, (1994), 119 D.L.R. (4th) 224.

## CONSIDERED:

*Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650; *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585; *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737; *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206 (CanLII), [2007] 10 W.W.R. 1; *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40; *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, (1981), 34 Nfld. & P.E.I.R. 1; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391; *Ward v. Samson Cree Nation No. 444*, 1999 CanLII 8641, 247 N.R. 254 (F.C.A.); *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268; *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, (1999), 19 C.C.P.B. 179 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Grassy Narrows First Nation v.*

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité n° 3 (1873).  
Traité n° 8 (1899).

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Ontario c. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3; *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525; *Galati c. Canada (Gouverneur général)*, 2015 CF 91, [2015] 4 R.C.F. 3.

## DÉCISIONS DIFFÉRENCIÉES :

*Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Environment)*, 2010 ABCA 137 (CanLII), 482 A.R. 198; *Native Women's Assn. of Canada c. Canada*, [1992] 3 C.F. 192 (C.A.), inf. par [1994] 3 R.C.S. 627.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650; *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4; *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 FCA 347, [2013] 3 R.C.F. 605; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Première nation Crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388; *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206 (CanLII), [2007] 10 W.W.R. 1; *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100; *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40; *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753; *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391; *Ward c. Samson Cree Nation No. 444*, 1999 CanLII 8641 (C.A.F.); *Daniels c. Canada (Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268; *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Première Nation de Grassy*

*Ontario (Natural Resources)*, 2014 SCC 48, [2014] 2 S.C.R. 447; *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235; *MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6; *ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, (1986), 28 D.L.R. (4th) 641; *Canada v. Tremblay*, 2004 FCA 172, [2004] 4 F.C.R. 165; *Anisman v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137; *Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465, (1990), 73 D.L.R. (4th) 289 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, (1993), 118 N.S.R. (2d) 181; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, (1994), 117 Nfld. & P.E.I.R. 269; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44; *Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345, 95 Admin. L.R. (5th) 229, sub nom. *Kwakiutl First Nation v. North Island Central Coast Forest District*, [2015] B.C.J. No. 1605 (QL); *Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991, [2014] 8 W.W.R. 742; *Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2015 BCSC 1180, 88 Admin. L.R. (5th) 100; *Dene Tha' First Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, 25 C.E.L.R. (3d) 247; *Sambaa K'e Dene First Nation v. Duncan*, 2012 FC 204, [2012] 2 C.N.L.R. 369; *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620, [2011] 3 C.N.L.R. 188; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, (1999), 180 Nfld. & P.E.I.R. 269; *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125; *Beauchamp v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 350, 189 C.R.R. (2d) 269; *Canada (Attorney General) v. Campbell*, 1999 CanLII 6139, 4 B.C.T.C. 110 (B.C.S.C.); *Chief Mountain v. Canada*, 2000 BCCA 260.

## AUTHORS CITED

*Aboriginal Consultation and Accommodation: Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult*, March 2011.

Bagehot, Walter. *The English Constitution*, 2nd ed. London and Edinburgh: Thomas Nelson & Son, 1872.

Brown, Donald J.M. and John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf, Toronto: Thomson Reuters Canada, 2016.

*Guide to Making Federal Acts and Regulations*, 2nd ed. Ottawa: Privy Council Office, 2001.

*Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, [2014] 2 R.C.S. 447; *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235; *Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6; *ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752; *Canada c. Tremblay*, 2004 CAF 172, [2004] 4 R.C.F. 165; *Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52; *Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.); *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44; *Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345, 95 Admin. L.R. (5th) 229, sub nom. *Kwakiutl First Nation v. North Island Central Coast Forest District*, [2015] B.C.J. No. 1605 (QL); *Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991, [2014] 8 W.W.R. 742; *Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2015 BCSC 1180, 88 Admin. L.R. (5th) 100; *Première Nation Dene Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354; *Première Nation des Dénés de Sambaa K'e c. Duncan*, 2012 CF 204; *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620, [2011] 3 C.N.L.R. 188; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199; *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125; *Beauchamp c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 350; *Canada (Attorney General) v. Campbell*, 1999 CanLII 6139, 4 B.C.T.C. 110 (C.S. C.-B.); *Chief Mountain v. Canada*, 2000 BCCA 260.

## DOCTRINE CITÉE

Bagehot, Walter. *The English Constitution*, 2<sup>e</sup> éd. London and Edinburgh : Thomas Nelson & Son, 1872.

Brown, Donald J.M. et John M. Evans. *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles, Toronto : Thomson Reuters Canada, 2016.

*Consultation et accommodement des Autochtones : Lignes directrices actualisées à l'intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l'obligation de consulter*, mars 2011.

*Lois et règlements : l'essentiel*, 2<sup>e</sup> éd. Ottawa : Bureau du Conseil Privé, 2001.

Newman, Dwight G. *Revisiting The Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon: Purich Publishing, 2014.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a decision of the Federal Court (*Courtoreille v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2014 FC 1244, 93 C.E.L.R. (3d) 199) granting in part the respondent's application for judicial review claiming that the appellants breached their duty to consult the Mikisew Cree First Nation on the development and introduction in Parliament of two omnibus bills that reduced federal regulatory oversight on works and projects that might affect their treaty rights to hunt, fish and trap. Appeal allowed; cross-appeal dismissed.

#### APPEARANCES

*Kathleen Kohlman and Cynthia Dickins* for appellants.  
*Robert Janes, Q.C., Karey Brooks and Estella Charleson* for respondent.

#### SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*JFK Law Corporation*, Vancouver, for respondent.

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

[1] DE MONTIGNY J.A.: This is an appeal and cross-appeal of a judgment rendered on December 19, 2014 [*Courtoreille v. Canada (Aboriginal Affairs and Northern Development)*, 2014 FC 1244, 93 C.E.L.R. (3d) 199] (the reasons for judgment) by Justice Hughes of the Federal Court (the Judge) granting in part the application for judicial review of Chief Steve Courtoreille of the Mikisew Cree First Nation (Mikisew Cree), claiming that the Governor General in Council, the Minister of Aboriginal Affairs and Northern Development, the Minister of Finance, the Minister of the Environment, the Minister of Fisheries and Oceans, the Minister of Transport and the Minister of Natural Resources (collectively the appellants) breached their duty to consult the Mikisew Cree on the development and introduction in Parliament of two omnibus bills that

Newman, Dwight G. *Revisiting The Duty to Consult Aboriginal Peoples*, Saskatoon : Purich Publishing, 2014.

APPEL et APPEL INCIDENT interjetés à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (*Courtoreille c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2014 CF 1244) ayant accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par l'appelant au motif que les intimés avaient manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt de deux projets de loi omnibus au Parlement, qui avaient pour objet la réduction des pouvoirs réglementaires fédéraux de surveillance à l'égard des travaux et projets susceptibles d'avoir une incidence sur ses droits de chasse, de pêche et de piégeage. Appel accueilli et appel incident rejeté.

#### ONT COMPARU

*Kathleen Kohlman et Cynthia Dickins* pour les appellants.  
*Robert Janes, c.r., Karey Brooks et Estella Charleson* pour l'intimé.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l'appelant.  
*JFK Law Corporation*, Vancouver, pour l'intimé.

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

[1] LE JUGE DE MONTIGNY, J.C.A. : La Cour est saisie d'un appel et d'un appel incident d'un jugement rendu le 19 décembre 2014 [*Courtoreille c. Canada (Affaires autochtones et Développement du Nord)*, 2014 CF 1244] (motifs du jugement) par le juge Hughes de la Cour fédérale (le juge) et ayant accueilli en partie la demande de contrôle judiciaire présentée par le chef Steve Courtoreille, de la Première nation crie Mikisew (Première nation crie Mikisew), au motif que le gouverneur général en conseil, le ministre des Affaires autochtones et du Développement du Nord canadien, le ministre des Finances, le ministre de l'Environnement, le ministre des Pêches et des Océans, le ministre des Transports et le ministre des Ressources naturelles (collectivement, les appelants) avaient manqué à leur obligation de consulter la Première nation crie Mikisew

reduced federal regulatory oversight on works and projects that might affect their treaty rights to hunt, fish and trap.

[2] This case raises an issue that has not yet been dealt with by any appeal court: does the Crown have an obligation to consult when contemplating changes to legislation that may adversely impact treaty rights, and if so, to what extent? Indeed, the Supreme Court explicitly went out of its way in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650 (*Rio Tinto*), at paragraph 44, to decline addressing that issue, “leav[ing] for another day the question of whether government conduct includes legislative action” for the purpose of triggering the duty to consult and, where appropriate, to accommodate Aboriginal groups. The Judge below recognized, for the first time, that the Crown had such a duty to consult with the Mikisew Cree when the two omnibus bills were introduced in Parliament. The content of the duty included the giving of notice to the Mikisew Cree of the portions of each of those bills that could potentially have an impact on their treaty rights, as well as the provision of a reasonable opportunity to make submissions.

[3] Having carefully considered the submissions made by the parties, both orally and in writing, I am of the view that this appeal should be granted. In particular, I find that legislative action is not a proper subject for an application for judicial review under the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [the Act], and that importing the duty to consult to the legislative process offends the separation of powers doctrine and the principle of parliamentary privilege.

au sujet de l’élaboration et du dépôt de deux projets de loi omnibus au Parlement. Ces textes avaient pour objet la réduction des pouvoirs réglementaires fédéraux de surveillance à l’égard des travaux et projets susceptibles d’avoir une incidence sur les droits de chasse, de pêche et de piégeage de la Première nation.

[2] La présente affaire soulève une question qui n’a pas encore été tranchée par une cour d’appel : la Couronne a-t-elle une obligation de consultation lorsqu’elle envisage des modifications législatives susceptibles d’avoir des effets préjudiciables sur les droits issus de traités et, dans l’affirmative, quelle est la portée de cette obligation? En effet, la Cour suprême a expressément, dans l’arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650 (*Rio Tinto*), au paragraphe 44, refusé d’examiner cette question, estimant qu’il valait mieux trancher dans une affaire ultérieure « [l]a question de savoir si une mesure gouvernementale s’entend aussi d’une mesure législative » et fait jouer l’obligation de consulter les groupes autochtones et, le cas échéant, de prendre des mesures d’accommodement. Le juge de première instance a reconnu, pour la première fois, que la Couronne avait effectivement l’obligation de consulter la Première nation crie Mikisew lorsque les deux projets de loi omnibus ont été déposés au Parlement. Cette obligation consiste à aviser la Première nation crie Mikisew au sujet des dispositions des projets de loi susceptibles d’avoir une incidence sur les droits issus de traités de ses membres, ainsi qu’à donner à la Première nation la possibilité raisonnable de présenter des observations.

[3] Après avoir soigneusement examiné les arguments avancés par les parties, à l’audience et par écrit, je suis d’avis d’accueillir le présent appel. En particulier, je conclus que la mesure législative ne se prête pas au contrôle judiciaire en vertu de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [Loi], et qu’introduire l’obligation de consulter dans la filière législative va à l’encontre de la doctrine de la séparation des pouvoirs et du principe du privilège parlementaire.

## I. Facts

[4] The facts leading to this case are not complex and can be briefly summarized. The Mikisew Cree is a band within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, whose traditional territory is located in northeastern Alberta, and whose ancestors adhered to Treaty No. 8, which guarantees their right to hunt, trap and fish throughout the territory covered by that treaty.

[5] In 2012, the Minister of Finance introduced Bill C-38 [*An Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*], enacted as the *Jobs, Growth and Long-Term Prosperity Act*, 41st Parl., 1st Sess., 2012 (assented to 29 June 2012), S.C. 2012, c. 19 and Bill C-45 [*A second Act to implement certain provisions of the budget tabled in Parliament on March 29, 2012 and other measures*], enacted as the *Jobs and Growth Act, 2012*, 41st Parl., 1st Sess., 2012 (assented to 14 December 2012), S.C. 2012, c. 31. These two omnibus bills resulted in the repeal of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37; the enactment of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52 (CEAA, 2012); as well as in amendments to the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, the *Canadian Environmental Protection Act, 1999*, S.C. 1999, c. 33 and the *Navigable Waters Protection Act*, renamed the *Navigation Protection Act*, R.S.C., 1985, c. N-22 (NPA).

[6] Mikisew Cree alleges that the omnibus bills reduced the types of projects that were subject to federal environmental assessment, reduced the navigable waters that required federal approval to build obstructing works on them, diminished the protection of fish habitat, and reduced the requirements to approve effects on species at risk. Since environmental assessments and other federal approval mechanisms typically allow First Nations to voice their concerns about effects on its treaty rights to hunt, fish and trap, and have those rights accommodated, the Mikisew Cree argue that this reduction in

## I. Faits

[4] Les faits qui sont à l'origine de la présente affaire sont simples. En voici le résumé. La Première nation crie Mikisew est une bande au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, dont le territoire traditionnel se trouve dans le Nord-Est de l'Alberta et dont les ancêtres ont adhéré au Traité n° 8. Ce texte leur garantit le droit de chasser, de piéger et de pêcher dans tout le territoire visé par ce traité.

[5] En 2012, le ministre des Finances a déposé le projet de loi C-38 [*Loi portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d'autres mesures*], édicté sous le titre *Loi sur l'emploi, la croissance et la prospérité durable*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2012 (sanctionnée le 29 juin 2012), L.C. 2012, ch. 19, et le projet de loi C-45 [*Loi n° 2 portant exécution de certaines dispositions du budget déposé au Parlement le 29 mars 2012 et mettant en œuvre d'autres mesures*], édicté sous le titre *Loi de 2012 sur l'emploi et la croissance*, 41<sup>e</sup> lég., 1<sup>re</sup> sess., 2012 (sanctionnée le 14 décembre 2012), L.C. 2012, ch. 31. Ces deux projets de loi omnibus ont entraîné l'abrogation de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37; l'adoption de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52 (la LCEE de 2012); ainsi que la modification de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement (1999)*, L.C. 1999, ch. 33 et de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, renommée la *Loi sur la protection de la navigation*, L.R.C. (1985), ch. N-22 (LPN).

[6] La Première nation crie Mikisew fait valoir que les projets de loi omnibus ont limité les types de projets devant faire l'objet d'une évaluation environnementale fédérale, restreint les eaux navigables à l'égard desquelles la construction d'un ouvrage est subordonnée à l'approbation fédérale, diminué la protection de l'habitat du poisson et réduit les exigences relatives à l'approbation des effets sur les espèces en péril. Le régime d'évaluation environnementale et d'autres mécanismes d'approbation fédérale permettent habituellement aux Premières Nations d'exprimer leurs préoccupations au

oversight may affect their treaty rights and accordingly, the Crown should have consulted with it during the development of that legislation and upon its introduction in Parliament. The Mikisew Cree sought declaratory and injunctive relief against the Crown before the Federal Court.

## II. The impugned decision

[7] On the standard of review, the Judge noted that the application required a *de novo* consideration of the circumstances, and as such there was no standard of review.

[8] First, the Judge found that the application was not precluded by subsection 2(2) of the *Federal Courts Act*, which states that a “federal board, commission or other tribunal” does not include, amongst others, “the Senate, the House of Commons, [or] any committee or member of either House”. While he took issue with the applicant’s characterization of the matter as “executive” rather than “legislative” in nature, the Judge noted that the applicant was not seeking judicial review of the content of the bills, of decisions of committees or members upon their introduction in Parliament, or of any particular decision of a minister in implementing legislation. Rather, it was his view that judicial review of the actual process undertaken by ministers “before legislation has been drafted and presented to Parliament” was being sought (reasons for judgment, at paragraph 22).

[9] Second, the Judge found that the matter was justiciable, entailing the determination of whether a legal and enforceable duty to consult existed, and that the matter was not premature (reasons for judgment, at paragraph 29).

[10] Third, the Judge found that if there was a duty to consult, it could not trigger any judicial intervention before a bill was introduced into Parliament by virtue of

sujet des effets sur leurs droits de chasse, de pêche et de piégeage issus de traités et d’obtenir des accommodements à ces droits. Ainsi, la Première nation crie Mikisew fait valoir que cette réduction de la surveillance risque d’avoir une incidence sur ses droits issus de traités. Par conséquent, elle prétend que la Couronne aurait dû la consulter durant les travaux menant à la rédaction du texte législatif et dès son dépôt au Parlement. La Première nation crie Mikisew a sollicité devant la Cour fédérale un jugement déclaratoire et une injonction contre la Couronne.

## II. Décision contestée

[7] Au sujet de la norme de contrôle, le juge a noté que la demande exigeait un examen *de novo* des circonstances. La question de la norme de contrôle ne se posait donc pas.

[8] En premier lieu, le juge a conclu que la demande n’était pas interdite par le paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, lequel prévoit que sont exclus de la définition d’ « office fédéral » « le Sénat, la Chambre des communes [et] tout comité ou membre de l’une ou l’autre chambre ». Si le juge n’était pas d’accord avec le demandeur pour dire que l’affaire était « de nature exécutive » plutôt que « de nature législative », il a noté que ce dernier ne sollicitait pas le contrôle judiciaire de la teneur des projets de loi, de décisions de comités ou de députés au moment du dépôt au Parlement, ou de toute décision d’un ministre dans l’élaboration des textes législatifs. Le juge était d’avis que c’était plutôt le contrôle judiciaire du processus suivi par les ministres « avant qu’un projet de loi soit rédigé et déposé au Parlement » qui était demandé (motifs du jugement, au paragraphe 22).

[9] Deuxièmement, le juge a conclu que l’affaire était justiciable, qu’elle soulevait la question de savoir s’il existe une obligation de consultation juridique et exécutoire, et que l’affaire n’était pas prématurée (motifs du jugement, au paragraphe 29).

[10] Troisièmement, le juge a conclu que, s’il y avait obligation de consulter, aucune intervention judiciaire n’était possible avant le dépôt d’un projet de loi au

the separation of powers doctrine. The Judge acknowledged the tension between the traditional reluctance of courts to impose any procedural requirements upon the legislative process, and the constitutional duty to consult arising from section 35 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]. He found that neither *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257 (*Tsilhqot'in*) nor *Grassy Narrows First Nation v. Ontario (Natural Resources)*, 2014 SCC 48, [2014] 2 S.C.R. 447 (*Grassy Narrows*) stood for the proposition that legislation constitutes Crown conduct for the purposes of the duty to consult, and that certain passages of *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida Nation*) and *Rio Tinto* suggest the contrary, since in both such cases, the Court refused to dictate a particular regulatory scheme that Parliament should adopt to comply with the duty to consult. On that reasoning, the Judge found that the duty to consult was not triggered by legislative provisions that made “procedural changes”, such as the provisions of the CEEA, 2012 and of the *Fisheries Act* that allow the Crown to transfer its duty to consult to provincial authorities; public notification requirements in the NPA; time-limits and restrictions on public participation in environmental assessments as found under the CEEA, 2012; and the transfer of responsibilities for pipeline and powerline regulations and species at risk certifications to the National Energy Board.

[11] In response to the applicant’s argument that the duty to consult and judicial review could nonetheless attach to the policy development occurring prior to the decision to draft legislation, the Judge found that restraints on the executive’s policy choices to develop legislation is a restraint on the legislative branch itself, relying mainly on *Ontario v. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3 (*Criminal Lawyers’ Association*) and *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 (*re Canada Assistance Plan*). He found that the ministers

Parlement, et ce en raison de la doctrine de la séparation des pouvoirs. Le juge a reconnu la tension qui s’opère entre, d’une part, la réticence traditionnelle des tribunaux à imposer des exigences procédurales à la filière législative et, d’autre part, l’obligation de consultation constitutionnelle découlant de l’article 35 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]. Il estimait que ni l’arrêt *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257 (*Tsilhqot'in*) ni l’arrêt *Première Nation de Grassy Narrows c. Ontario (Ressources naturelles)*, 2014 CSC 48, [2014] 2 R.C.S. 447 (*Grassy Narrows*) ne permettaient de conclure que la mesure législative constitue une mesure de la Couronne faisant jouer l’obligation de consulter. Selon lui, certains passages des arrêts *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (*Nation haïda*) et *Rio Tinto* donnent à penser le contraire, étant donné que, dans les deux cas, la Cour a refusé de dicter au législateur le régime réglementaire qui permettrait le respect de l’obligation de consulter. Suivant ce raisonnement, le juge est arrivé à la conclusion que l’obligation de consulter ne joue pas à l’égard des dispositions législatives apportant des « changements à la procédure », comme les dispositions de la LCEE de 2012 et de la *Loi sur les pêches* qui délèguent cette obligation aux autorités provinciales, les exigences relatives aux avis publics de la LPN, les délais et restrictions applicables à la participation publique aux évaluations environnementales prévus à la LCEE de 2012 et les dispositions déléguant à l’Office national de l’énergie la responsabilité de réglementation des pipelines et lignes électriques ainsi que la délivrance des certificats à l’égard d’espèces en péril.

[11] En réponse à l’argument du demandeur selon lequel l’obligation de consulter et le contrôle judiciaire pouvaient néanmoins intervenir à l’étape de l’élaboration de politiques préalable à la rédaction d’un projet de loi, le juge a conclu qu’entraver les orientations législatives du pouvoir exécutif revient à entraver le pouvoir législatif même, principalement sur le fondement des arrêts *Ontario c. Criminal Lawyers’ Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3 (*Criminal Lawyers’ Association*) et *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991]

acted in their legislative capacity in reaching the decision at issue in the application, and that the above-noted cases applied in the Aboriginal context since the result of applying the duty to consult to the law-making process would equally place procedural constraints on Parliament (reasons for judgment, at paragraphs 65–67). He further noted that the law-making process requires flexibility, and that having the duty to consult apply to this process would constrain it.

[12] The Judge then considered whether the honour of the Crown in its dealings with Aboriginal peoples mandated a departure from the traditional separation of powers doctrine with respect to the legislative process. On this point, he noted that Treaty No. 8 contained no special provisions that would “allow the Mikisew, in preference to other Canadians, to intervene in the legislative process before a bill that may, in some arguable way, interfere with the Mikisew’s treaty rights of fishing and trapping” (reasons for judgment, at paragraph 71). Although the Judge qualified this proposition by indicating that “[t]his does not mean that all legislative conduct will automatically fail to constitute Crown conduct for the purpose of triggering a duty to consult”, he found that intervention in the law-making process in this case would compromise parliamentary sovereignty. He therefore concluded that if there was a duty to consult, it could not trigger any judicial intervention prior to the introduction of a bill in Parliament.

[13] Fourth, the Judge applied the test from *Haida Nation* to establish whether a duty to consult exists, which asks whether (1) the Crown has knowledge, real or constructive, of the potential existence of an Aboriginal or treaty right, and (2) contemplates conduct that (3) might adversely affect it (*Haida Nation*, at paragraph 35). Regarding knowledge of the Aboriginal or treaty right, the Judge acknowledged the Crown’s concession that it has knowledge of Mikisew Cree’s treaty rights. With respect to the requirement of Crown conduct, the Judge proceeded on the assumption that the

2 R.C.S. 525 (*Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*). Il a conclu que les ministres avaient agi en leur capacité législative pour en arriver à la décision en litige dans la demande, et que les affaires susmentionnées s’appliquaient dans le contexte autochtone. En effet, en subordonnant la filière législative à l’obligation de consulter, on imposerait des contraintes procédurales aux travaux du législateur (motifs du jugement, aux paragraphes 65 à 67). Il a en outre fait remarquer que la filière législative requiert de la souplesse, et que l’assujettir à l’obligation de consulter l’entraverait.

[12] Le juge a ensuite examiné la question de savoir si le principe de l’honneur de la Couronne dans ses rapports avec les peuples autochtones justifiait une dérogation à la doctrine traditionnelle de la séparation des pouvoirs en ce qui concerne la filière législative. Sur ce point, il a noté que le Traité n° 8 ne contenait aucune disposition spéciale qui permettrait « aux Mikisew, en priorité sur les autres Canadiens, d’intervenir dans le processus législatif avant qu’un projet de loi puisse, censément, empiéter sur les droits de pêche et de piégeage qui leur ont été conférés par traité » (motifs du jugement, au paragraphe 71). Bien que le juge ait nuancé cette proposition en indiquant que « [c]ela ne veut pas dire que toutes les mesures législatives ne constitueront pas, de manière automatique, une mesure de la Couronne pour les besoins du déclenchement d’une obligation de consultation », il a conclu qu’une intervention dans la filière législative en l’espèce compromettrait la souveraineté parlementaire. Il était donc d’avis que s’il existait une obligation de consulter, elle ne pouvait pas donner lieu à une intervention judiciaire avant le dépôt d’un projet de loi au Parlement.

[13] Quatrièmement, le juge a appliqué le critère issu de l’arrêt *Nation haïda* pour décider s’il existe une obligation de consulter. Ce critère consiste à se demander si 1) la Couronne a connaissance, concrètement ou par imputation, de l’existence potentielle du droit ancestral ou issu de traités, 2) envisage des mesures 3) susceptibles d’avoir un effet préjudiciable (*Nation haïda*, au paragraphe 35). En ce qui concerne la connaissance du droit ancestral ou issu d’un traité, le juge a retenu la concession de la Couronne selon laquelle elle a connaissance des droits issus de traités de la Première nation

steps ministers take prior to the introduction of a bill in Parliament constitute Crown conduct that can give rise to the duty to consult (reasons for judgment, at paragraph 84). As for the potential adverse effects, the Judge found that the reduction of navigable waters that are protected under the NPA and the reduction of protection to fish habitat under the *Fisheries Act* constitute a sufficient potential risk to fishing and trapping rights to trigger the duty to consult. He emphasized that potential harm is sufficient under the *Haida Nation* test. However, with respect to the CEAA, 2012, the Judge found that the narrower scope of consideration of environmental effects should not affect Aboriginal peoples given subsection 5(1) of the CEAA, 2012, and that the amendments to the *Species at Risk Act* would not allow individuals to engage in activities that affect listed wildlife species. The Judge concluded that for the provisions which triggered a duty to consult (i.e., those found in the NPA and in the *Fisheries Act*), it could have been triggered when the omnibus bills were introduced to Parliament (reasons for judgment, at paragraph 99).

[14] The Judge went on to discuss the extent of that duty, concluding that the amendments to the NPA and the *Fisheries Act* triggered a duty to give notice and a reasonable opportunity to make submissions, but did not result in a duty to accommodate, because the provisions had not yet been applied to any specific situations that would trigger the higher end of the spectrum of consultation described in *Haida Nation*.

[15] Fifth, the Judge found that the appropriate remedy was a declaration to the effect that the Crown had a duty to consult with the Mikisew Cree at the time each omnibus bill was introduced in Parliament by giving notice and an opportunity to provide submissions. On injunctive relief, he found that there would be no value in such an order, which would be impossible to define and would unduly fetter the workings of government

crie Mikisew. En ce qui a trait à l'élément du critère portant sur les mesures envisagées par la Couronne, le juge est parti du principe que les travaux des ministres avant le dépôt d'un projet de loi au Parlement constituent une mesure de la Couronne qui peut donner lieu à l'obligation de consulter (motifs du jugement, au paragraphe 84). Quant au risque d'effet préjudiciable, le juge a conclu que la réduction des eaux navigables protégées par la LPN et la réduction de la protection de l'habitat du poisson par la *Loi sur les pêches* constituent un risque suffisant pour les droits de pêche et de piégeage pour que joue l'obligation de consulter. Il a souligné que le risque d'un effet préjudiciable suffit pour qu'il soit satisfait au critère énoncé dans l'arrêt *Nation haida*. Toutefois, en ce qui concerne la LCEE de 2012, le juge était d'avis que la portée plus restreinte des évaluations environnementales ne devrait avoir aucune incidence sur les peuples autochtones, compte tenu du paragraphe 5(1) de la LCEE de 2012, et que les modifications apportées à la *Loi sur les espèces en péril* ne permettraient pas à un particulier de se livrer à des activités qui touchent les espèces sauvages inscrites. Le juge a conclu, dans le cas des dispositions qui font jouer l'obligation de consulter (c'est-à-dire celles prévues dans la LPN et dans la *Loi sur les pêches*), que cette obligation aurait pu entrer en jeu lorsque les projets de loi omnibus ont été déposés au Parlement (motifs du jugement, au paragraphe 99).

[14] Le juge a poursuivi en examinant la portée de cette obligation et a conclu que les modifications apportées à la LPN et à la *Loi sur les pêches* avaient fait intervenir l'obligation de donner un préavis et une possibilité raisonnable de présenter des observations, mais n'avaient pas entraîné une obligation d'accommodement, parce que les dispositions en question n'avaient pas encore été appliquées à des situations précises qui commanderaient les consultations approfondies décrites dans l'arrêt *Nation haida*.

[15] Cinquièmement, le juge a conclu que la réparation qui convenait consistait en une déclaration que la Couronne avait l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au moment où chaque projet de loi omnibus avait été présenté au Parlement, en donnant un avis et la possibilité de présenter des observations. À propos de l'injonction demandée, il estimait qu'une telle ordonnance ne vaudrait rien, car elle serait impossible

(reasons for judgment, at paragraph 106). The Judge found that the constitutional nature of the duty to consult allowed the Court to review the conduct at issue, but that in deciding on a remedy, it should grant no relief beyond a declaration in recognition of the constitutional responsibilities of the legislative branch (reasons for judgment, at paragraph 107). Since the omnibus bills had already been enacted, a declaration that the Crown should consult would be pointless; however, the Judge found that a declaration on the existence of the duty to consult would have practical value for the parties' future obligations in implementing Treaty No. 8.

### III. Issues

[16] I agree with the respondent that the issues on the appeal and cross-appeal overlap, and that there is no use in parsing them out. Overall, the case raises the following questions:

- A. Did the Judge err in conducting a judicial review of legislative action contrary to the *Federal Courts Act*?
- B. Did the Judge err by failing to respect the doctrine of separation of powers or the principle of parliamentary privilege?
- C. Did the Judge err in concluding that the duty to consult had been triggered?
- D. Did the Judge err in determining the appropriate remedy?

[17] As I dispose of this appeal on the basis of issues A and B, issues C and D will not be addressed in my analysis below.

### IV. Analysis

[18] There is no dispute between the parties that the issues raised on this appeal are subject to the standard

à définir et entraverait indûment les travaux du gouvernement (motifs du jugement, au paragraphe 106). Le juge est arrivé à la conclusion qu'en raison de la nature constitutionnelle de l'obligation de consulter, la Cour pouvait examiner la mesure en question, mais ne devait accorder aucune réparation mis à part un jugement déclaratoire reconnaissant les responsabilités constitutionnelles du pouvoir législatif (motifs du jugement, au paragraphe 107). Étant donné que les projets de loi omnibus avaient déjà été adoptés, un jugement déclaratoire portant que la Couronne aurait dû consulter serait inutile; cependant, le juge a conclu qu'un jugement déclarant l'existence de l'obligation de consulter aurait une valeur pratique pour les obligations futures des parties dans la mise en œuvre du Traité n° 8.

### III. Questions en litige

[16] Je suis d'accord avec l'intimé pour dire que les questions en litige dans l'appel et l'appel incident se chevauchent, et qu'il n'est pas nécessaire de les analyser séparément. Dans l'ensemble, la présente affaire soulève les questions suivantes :

- A. Le juge a-t-il commis une erreur en procédant à un contrôle judiciaire d'une mesure législative, ce que ne permet pas la *Loi sur les Cours fédérales*?
- B. Le juge a-t-il commis une erreur en ne respectant pas le principe de la séparation des pouvoirs ou celui du privilège parlementaire?
- C. Le juge a-t-il commis une erreur en concluant que l'obligation de consulter entrainait en jeu?
- D. Le juge a-t-il commis une erreur dans la détermination de la réparation?

[17] Comme je tranche le présent appel sur le fondement des questions A et B, l'analyse n'abordera pas les questions C et D.

### IV. Analyse

[18] Les parties s'entendent pour dire que les questions soulevées dans le présent appel commandent

of correctness as questions of law (*Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235), except for any factual findings underlying the existence of the duty to consult, which are reviewable on palpable and overriding error (*Haida Nation*, at paragraph 61), and the Judge's discretionary decision regarding the remedy to grant, which is also subject to deference (*MiningWatch Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2010 SCC 2, [2010] 1 S.C.R. 6, at paragraph 43). I shall therefore proceed with my analysis, keeping in mind these various standards of review.

A. *Did the Judge err in conducting a judicial review of legislative action contrary to the Federal Courts Act?*

[19] The first hurdle that an applicant must surmount when filing a proceeding in the Federal Court is jurisdictional. As a statutory court, the Federal Court must have been granted jurisdiction by Parliament to deal with the subject matter of the proposed application or action (*ITO—International Terminal Operators Ltd. v. Miida Electronics Inc. et al.*, [1986] 1 S.C.R. 752, at page 766; *Canada (Attorney General) v. TeleZone Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585 (*TeleZone*), at paragraph 43).

[20] When the *Federal Courts Act* was adopted in 1971, an important consideration was the need for a national and coherent perspective on judicial review of federal public bodies; as a result, the jurisdiction of the former Exchequer Court was expanded to confer on the Federal Court and the Federal Court of Appeal the exclusive supervisory function to review the decisions of federal decision makers (see *Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737, at paragraph 52; *Canada v. Tremblay*, 2004 FCA 172, [2004] 4 F.C.R. 165).

l'application de la norme de la décision correcte, puisqu'il s'agit de questions de droit (*Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235), sauf pour ce qui est des conclusions de fait qui sous-tendent l'existence de l'obligation de consulter, qui appellent l'application de la norme de l'erreur manifeste et dominante (*Nation haïda*, au paragraphe 61), et la décision discrétionnaire du juge de première instance au sujet de la réparation à accorder, qui commande aussi la retenue (*Mines Alerte Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2010 CSC 2, [2010] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 43). Je vais donc procéder à mon analyse, tout en gardant à l'esprit ces diverses normes de contrôle.

A. *Le juge a-t-il commis une erreur en procédant à un contrôle judiciaire d'une mesure législative, ce que ne permet pas la Loi sur les Cours fédérales?*

[19] Le premier obstacle que le demandeur doit surmonter lors du dépôt d'un avis introductif d'instance devant la Cour fédérale en est un de compétence. À titre de cour créée par une loi, la Cour fédérale doit s'être vu attribuer la compétence voulue par le législateur pour connaître de l'objet de la demande ou de l'action proposée (*ITO—International Terminal Operators Ltd. c. Miida Electronics Inc. et autre*, [1986] 1 R.C.S. 752, à la page 766; *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585 (*TeleZone*), au paragraphe 43).

[20] L'une des considérations importantes ayant présidé à l'adoption de la *Loi sur les Cours fédérales*, en 1971, était la nécessité d'une perspective nationale et cohérente à l'égard du contrôle judiciaire des décisions issues d'organismes publics fédéraux. Par conséquent, la compétence de l'ancienne Cour de l'Échiquier a été élargie à la Cour fédérale et à la Cour d'appel fédérale de manière à leur conférer une fonction de surveillance exclusive leur permettant de procéder au contrôle des décisions rendues par des décideurs fédéraux (voir *Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4, au paragraphe 52; *Canada c. Tremblay*, 2004 CAF 172, [2004] 4 R.C.F. 165).

[21] By its very nature, judicial review is concerned with the rule of law and the objective of ensuring that government officials, from the highest ranking representatives to those operating at the lower echelons, act within the boundaries of the law. As the Supreme Court stated in *TeleZone*, “[j]udicial review is directed at the legality, reasonableness, and fairness of the procedures employed and actions taken by government decision makers” (at paragraph 24). It is concerned with government action, and not with legislation.

[22] This rationale is reflected in the wording of sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, along with the definition provided for “federal board, commission or other tribunal” at paragraph 2(1) and the exclusion from that definition of the Senate and House of Commons at paragraph 2(2) of that same Act. These provisions read as follows:

#### Definitions

2 (1) In this Act,

...

*federal board, commission or other tribunal* means any body, person or persons having, exercising or purporting to exercise jurisdiction or powers conferred by or under an Act of Parliament or by or under an order made pursuant to a prerogative of the Crown, other than the Tax Court of Canada or any of its judges, any such body constituted or established by or under a law of a province or any such person or persons appointed under or in accordance with a law of a province or under section 96 of the *Constitution Act, 1867*; (*office fédéral*)

...

#### Senate and House of Commons

(2) For greater certainty, the expression *federal board, commission or other tribunal*, as defined in subsection (1), does not include the Senate, the House of Commons, any committee or member of either House, the Senate Ethics Officer, the Conflict of Interest and Ethics Commissioner with respect to the exercise of the jurisdiction or powers referred to in sections 41.1 to 41.5 and 86 of the *Parliament of Canada Act* or the Parliamentary Protective Service.

[21] De par sa nature même, le contrôle judiciaire concerne la primauté du droit et a pour objectif de veiller à ce que les représentants de l’État, des premiers aux derniers échelons, n’outrepassent pas les limites de la loi. Ainsi que l’écrit la Cour suprême dans l’arrêt *TeleZone*, « [l]e contrôle judiciaire s’intéresse à la légalité, à la raisonnable et à l’équité du processus suivi et des mesures prises par l’administration publique » (au paragraphe 24). Il s’intéresse aux mesures gouvernementales, et non aux mesures législatives.

[22] Ce raisonnement est reflété dans le libellé des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, ainsi que dans la définition du terme « office fédéral » au paragraphe 2(1) et l’exclusion du Sénat et de la Chambre des communes de cette définition aux termes du paragraphe 2(2) de cette même Loi. Ces dispositions sont ainsi libellées :

#### Définitions

2 (1) Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.

[...]

*office fédéral* Conseil, bureau, commission ou autre organisme, ou personne ou groupe de personnes, ayant, exerçant ou censé exercer une compétence ou des pouvoirs prévus par une loi fédérale ou par une ordonnance prise en vertu d’une prerogative royale, à l’exclusion de la Cour canadienne de l’impôt et ses juges, d’un organisme constitué sous le régime d’une loi provinciale ou d’une personne ou d’un groupe de personnes nommées aux termes d’une loi provinciale ou de l’article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. (*federal board, commission or other tribunal*)

[...]

#### Sénat et Chambre des communes

(2) Il est entendu que sont également exclus de la définition de *office fédéral* le Sénat, la Chambre des communes, tout comité ou membre de l’une ou l’autre chambre, le conseiller sénatorial en éthique, le commissaire aux conflits d’intérêts et à l’éthique à l’égard de l’exercice de sa compétence et de ses attributions visées aux articles 41.1 à 41.5 et 86 de la *Loi sur le Parlement du Canada* et le Service de protection parlementaire.

...

[...]

**Extraordinary remedies, federal tribunals**

**18 (1)** Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

**Extraordinary remedies, members of Canadian Forces**

(2) The Federal Court has exclusive original jurisdiction to hear and determine every application for a writ of *habeas corpus ad subjiciendum*, writ of *certiorari*, writ of prohibition or writ of *mandamus* in relation to any member of the Canadian Forces serving outside Canada.

**Remedies to be obtained on application**

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

**Application for judicial review**

**18.1 (1)** An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

**Time limitation**

(2) An application for judicial review in respect of a decision or an order of a federal board, commission or other tribunal shall be made within 30 days after the time the decision or order was first communicated by the federal board, commission or other tribunal to the office of the Deputy Attorney General of Canada or to the party directly affected by it, or within any further time that a judge of the Federal Court may fix or allow before or after the end of those 30 days.

**Recours extraordinaires : offices fédéraux**

**18 (1)** Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

**Recours extraordinaires : Forces canadiennes**

(2) Elle a compétence exclusive, en première instance, dans le cas des demandes suivantes visant un membre des Forces canadiennes en poste à l'étranger : bref d'*habeas corpus ad subjiciendum*, de *certiorari*, de prohibition ou de *mandamus*.

**Exercice des recours**

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

**Demande de contrôle judiciaire**

**18.1 (1)** Une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

**Délai de présentation**

(2) Les demandes de contrôle judiciaire sont à présenter dans les trente jours qui suivent la première communication, par l'office fédéral, de sa décision ou de son ordonnance au bureau du sous-procureur général du Canada ou à la partie concernée, ou dans le délai supplémentaire qu'un juge de la Cour fédérale peut, avant ou après l'expiration de ces trente jours, fixer ou accorder.

### Powers of Federal Court

(3) On an application for judicial review, the Federal Court may

(a) order a federal board, commission or other tribunal to do any act or thing it has unlawfully failed or refused to do or has unreasonably delayed in doing; or

(b) declare invalid or unlawful, or quash, set aside or set aside and refer back for determination in accordance with such directions as it considers to be appropriate, prohibit or restrain, a decision, order, act or proceeding of a federal board, commission or other tribunal.

### Grounds of review

(4) The Federal Court may grant relief under subsection (3) if it is satisfied that the federal board, commission or other tribunal

(a) acted without jurisdiction, acted beyond its jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction;

(b) failed to observe a principle of natural justice, procedural fairness or other procedure that it was required by law to observe;

(c) erred in law in making a decision or an order, whether or not the error appears on the face of the record;

(d) based its decision or order on an erroneous finding of fact that it made in a perverse or capricious manner or without regard for the material before it;

(e) acted, or failed to act, by reason of fraud or perjured evidence; or

(f) acted in any other way that was contrary to law.

### Defect in form or technical irregularity

(5) If the sole ground for relief established on an application for judicial review is a defect in form or a technical irregularity, the Federal Court may

(a) refuse the relief if it finds that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred; and

### Pouvoirs de la Cour fédérale

(3) Sur présentation d'une demande de contrôle judiciaire, la Cour fédérale peut :

a) ordonner à l'office fédéral en cause d'accomplir tout acte qu'il a illégalement omis ou refusé d'accomplir ou dont il a retardé l'exécution de manière déraisonnable;

b) déclarer nul ou illégal, ou annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement conformément aux instructions qu'elle estime appropriées, ou prohiber ou encore restreindre toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral.

### Motifs

(4) Les mesures prévues au paragraphe (3) sont prises si la Cour fédérale est convaincue que l'office fédéral, selon le cas :

a) a agi sans compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l'exercer;

b) n'a pas observé un principe de justice naturelle ou d'équité procédurale ou toute autre procédure qu'il était légalement tenu de respecter;

c) a rendu une décision ou une ordonnance entachée d'une erreur de droit, que celle-ci soit manifeste ou non au vu du dossier;

d) a rendu une décision ou une ordonnance fondée sur une conclusion de fait erronée, tirée de façon abusive ou arbitraire ou sans tenir compte des éléments dont il dispose;

e) a agi ou omis d'agir en raison d'une fraude ou de faux témoignages;

f) a agi de toute autre façon contraire à la loi.

### Vice de forme

(5) La Cour fédérale peut rejeter toute demande de contrôle judiciaire fondée uniquement sur un vice de forme si elle estime qu'en l'occurrence le vice n'entraîne aucun dommage important ni déni de justice et, le cas échéant, valider la décision ou l'ordonnance entachée du vice et donner effet à celle-ci selon les modalités de temps et autres qu'elle estime indiquées.

(b) in the case of a defect in form or a technical irregularity in a decision or an order, make an order validating the decision or order, to have effect from any time and on any terms that it considers appropriate.

[23] On a plain reading of these provisions, there would appear to be two requirements for this Court or the Federal Court to be validly seized of an application for judicial review. First, that there be an identifiable decision or order in respect of which a remedy is sought. Second, that the impugned decision or order be made by a “federal board, commission or other tribunal”. In the case at bar, the second of these conditions is clearly not met.

[24] It is difficult to conceive of any discrete decision made by the Governor in Council or the various ministers that would be the subject of this application for judicial review. Indeed, the relief requested by the respondent is of a declaratory and injunctive nature with respect to the development of the omnibus bills. The Judge found as much at paragraph 16 of his reasons, where he stated explicitly that “[t]his is not a review of any decision or order of a federal board”. He did say, later on in his reasons, that “there is a sufficient legal basis for the Court to review the matter judicially: namely, whether the legal and enforceable duty to consult applies to the decisions at issue” [emphasis added] (reasons for judgment, at paragraph 29), and that “the [m]inisters acted in their legislative capacity to make decisions that were legislative in nature” [emphasis added] (reasons for judgment, at paragraph 66). It is not clear, however, what particular decisions he was referring to in the above-referenced passages. If it is the decision to move forward with a policy initiative with a view to bringing proposed legislation to Cabinet for approval and eventually, to Parliament for adoption, it would presumably not meet the requirement for a formal decision as it would be inchoate in nature and not formally recorded.

[25] Be that as it may, this is not the argument put forward by the respondent. Instead, it argues that the *Federal Courts Act* does not require that there be a “decision”, but only a “matter” triggering rights to

[23] Suivant le sens ordinaire des termes de ces dispositions, il semble que deux conditions doivent être réunies pour que notre Cour ou la Cour fédérale puisse être valablement saisie d’une demande de contrôle judiciaire. En premier lieu, il faut qu’il y ait une décision ou une ordonnance pour laquelle une réparation est demandée. En second lieu, il faut que la décision ou l’ordonnance contestée émane d’un « office fédéral ». Dans le cas qui nous occupe, il n’est manifestement pas satisfait à la deuxième de ces conditions.

[24] Il est difficile de circonscrire la décision émanant du gouverneur en conseil ou de divers ministres à l’origine de la présente demande de contrôle judiciaire. En effet, la réparation demandée par l’intimé est de la nature d’un jugement déclaratoire et d’une injonction en ce qui a trait à l’élaboration des projets de loi omnibus. C’est ce que le juge a conclu au paragraphe 16 de ses motifs, où il a déclaré qu’« [i]l ne s’agit pas du contrôle d’une décision ou d’une ordonnance d’un office fédéral ». Il a précisé plus loin que « le fondement juridique de la question posée est suffisant pour que la Cour procède à un contrôle judiciaire : l’obligation légale et exécutoire de consultation s’applique-t-elle aux décisions en litige? » [non souligné dans l’original] (motifs du jugement, au paragraphe 29) et que « les ministres ont agi en leur capacité législative de prendre des décisions qui étaient de nature législative » [non souligné dans l’original] (motifs du jugement, au paragraphe 66). Il n’est pas clair, toutefois, à quelles décisions précises il faisait référence dans les passages susmentionnés. Si c’était la décision de poursuivre une initiative stratégique en vue de présenter un projet de loi au Cabinet pour approbation et, par la suite, au Parlement en vue de son adoption, dont il était question, celle-ci ne respecte pas la condition exigeant l’existence d’une décision en bonne et due forme en raison de son état embryonnaire et du fait qu’elle n’est pas consignée officiellement.

[25] Quoi qu’il en soit, ce n’est pas l’argument avancé par l’intimé. Il soutient plutôt que la *Loi sur les Cours fédérales* n’exige pas qu’il y ait une « décision », mais seulement un « objet », pour qu’il y ait droit au contrôle

judicial review. They rely for that proposition on the reasons of this Court in *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605 (*Air Canada*) (per Stratas J.), which the Judge quoted at length and purportedly applied. The crux of the Court’s reasoning can be grasped from the following excerpt:

Subsection 18.1(1) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] of the *Federal Courts Act* provides that an application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by “the matter in respect of which relief is sought.” A “matter” that can be subject of judicial review includes not only a “decision or order”, but any matter in respect of which a remedy may be available under section 18 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act*: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.). Subsection 18.1(3) [as enacted by S.C. 1990, c. 8, s. 5; 2002, c. 8, s. 27] sheds further light on this, referring to relief for an “act or thing”, a failure, refusal or delay to do an “act or thing”, a “decision”, an “order” and a “proceeding”. Finally, the rules that govern applications for judicial review apply to “applications for judicial review of administrative action”, not just applications for judicial review of “decisions or orders”: rule 300 [as am. by SOR/2002-417, s. 18(E); 2004-283, s. 37] of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. *idem*, s. 2)].

*Air Canada*, at paragraph 24.

[26] Assuming that the focus of the inquiry is whether the decision maker has done anything which may have triggered rights on the part of the aggrieved party to bring a judicial review, the respondent still has to establish that the Federal Court is empowered to act and to provide a remedy. Typically, the kind of remedies available on an application for judicial review are couched with a view to ensuring that the legal framework within which the executive branch of the government must act is complied with. The language of subsections 18.1(3) and (4) is permeated with notions that partake to administrative law (consider, for instance, the following terms used in these subsections: “unlawfully”, “unreasonably delayed”, “invalid or unlawful”, “quash, set aside or set aside and refer back for redetermination”, “prohibit or restrain”, “acted without jurisdiction, acted beyond its

judiciaire. Il invoque au soutien de cette thèse les motifs de la Cour dans l’arrêt *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605 (*Air Canada*) (le juge Stratas), que le juge a cité longuement et aurait suivi. L’essentiel du raisonnement de la Cour peut être tiré de l’extrait suivant :

Le paragraphe 18.1(1) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2002, ch. 8, art. 27] de la *Loi sur les Cours fédérales* énonce qu’une demande de contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est « directement touché par l’objet de la demande ». La question qui peut faire l’objet d’une demande de contrôle judiciaire ne comprend pas seulement une « décision ou ordonnance », mais tout objet susceptible de donner droit à une réparation aux termes de l’article 18 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* : *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.). Le paragraphe 18.1(3) [édicte par L.C. 1990, ch. 8, art. 5; 2000, ch. 8, art. 27] apporte d’autres précisions à ce sujet, indiquant que la Cour peut accorder une réparation à l’égard d’un « acte », de l’omission ou du refus d’accomplir un « acte », ou du retard mis à exécuter un « acte », une « décision », une « ordonnance » et une « procédure ». Enfin, les règles qui régissent les demandes de contrôle judiciaire s’appliquent aux « demandes de contrôle judiciaire de mesures administratives », et non pas aux seules demandes de contrôle judiciaire de « décisions ou ordonnances » : règle 300 [mod. par DORS/2002-417, art. 18(A); 2004-283, art. 37] des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod., *idem*, art. 2)].

*Air Canada*, au paragraphe 24.

[26] En supposant que l’analyse porte sur la question de savoir si le décideur a accompli un acte susceptible de faire intervenir les droits de la partie s’estimant lésée de présenter une demande de contrôle judiciaire, le défendeur doit quand même démontrer que la Cour fédérale a le pouvoir d’agir et d’ordonner une réparation. Habituellement, les réparations possibles dans le cadre d’une demande de contrôle judiciaire sont formulées dans l’optique d’assurer le respect du cadre juridique qui circonscrit les actes de l’exécutif. Le libellé des paragraphes 18.1(3) et (4) est imprégné de notions qui participent du droit administratif (prenons, à titre d’exemple, les termes qui y sont employés : « illégalement », « retardé [...] de manière déraisonnable », « nul ou illégal », « annuler, ou infirmer et renvoyer pour jugement », « prohiber ou [...] restreindre », « a agi sans

jurisdiction or refused to exercise its jurisdiction”, “failed to observe a principle of natural justice”, “erred in law”, “erroneous finding of fact”, “acted in any other way that was contrary to law”). This is clearly not the kind of language used in relation to legislative action. To the extent, therefore, that the ministers and the Governor in Council were acting in their legislative capacity in developing the two omnibus bills, as argued by the appellants, judicial review would clearly not be available. This brings me to the second requirement for the Federal Court (and this Court) to have jurisdiction pursuant to sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*.

[27] Sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act* make it clear that it is only those decisions made and actions taken by a “federal board, commission or other tribunal” that can be the subject of the supervisory jurisdiction of the Federal Court (and of the Federal Court of Appeal pursuant to section 28 of the *Federal Courts Act*). It is well established that the test for determining whether a person or body falls within the definition of those words as found in subsection 2(1) involves two questions. First, what is the particular jurisdiction or power that is being exercised, and second (and more importantly), what is the source of that jurisdiction or power (see *Anisman v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 52, 400 N.R. 137, at paragraphs 29–31; *Air Canada*, at paragraph 47). As Donald J.M. Brown and John M. Evans put it in *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, looseleaf (Toronto: Thomson Reuters Canada, 2016), at paragraph 2:4310:

In the result, the *source* of a tribunal’s authority, and not the *nature* of either the power exercised or the body exercising it, is the primary determinant of whether it falls within the definition. The test is simply whether the body is empowered by or under federal legislation or by an order made pursuant to a prerogative power of the federal Crown. [Emphasis in the original; references omitted.]

[28] The respondent argues that ministers are not acting as members of Parliament empowered to legislate by Part IV of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [reprinted in R.S.C., 1985, Appendix

compétence, outrepassé celle-ci ou refusé de l’exercer », « n’a pas observé un principe de justice naturelle », « décision [...] entachée d’une erreur de droit », « conclusion de fait erronée », « a agi de toute autre façon contraire à la loi ». Ce ne sont manifestement pas des termes qui renvoient à une mesure législative. En conséquence, si les ministres et le gouverneur en conseil agissaient en leur capacité législative lorsqu’ils ont élaboré les deux projets de loi omnibus, comme le prétendent les appelants, le contrôle judiciaire ne sera manifestement pas possible. Ce qui m’amène à la deuxième condition à laquelle est subordonnée la compétence de la Cour fédérale (et de la Cour) en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[27] Les articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoient expressément que ce ne sont que les décisions et mesures prises par un « office fédéral » qui peuvent faire l’objet du contrôle par la Cour fédérale (et par la Cour d’appel fédérale en vertu de l’article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*). Il est bien établi que le critère applicable pour décider si une personne ou un organisme est visé par la définition que l’on trouve au paragraphe 2(1) emporte deux questions. Premièrement, il faut cerner la compétence ou le pouvoir particulier qui est exercé et — plus important encore —, la source de cette compétence ou pouvoir (voir l’arrêt *Anisman c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 52, aux paragraphes 29 à 31; *Air Canada*, au paragraphe 47). Comme le disent Donald J.M. Brown et John M. Evans dans *Judicial Review of Administrative Action in Canada*, feuilles mobiles (Toronto : Thomson Reuters Canada, 2016), au paragraphe 2:4310 :

[TRADUCTION] En fin de compte, la *source* de la compétence d’un tribunal — et non pas la *nature* du pouvoir exercé ou de l’organisme l’exerçant — est le premier facteur déterminant pour savoir s’il est visé par la définition. Le critère consiste simplement à savoir si l’organisme tire ses pouvoirs d’une loi fédérale ou d’un décret pris en vertu d’une prerogative de la Couronne fédérale. [Renvois omis; caractères italiques dans l’original.]

[28] L’intimé fait valoir que les ministres n’agissaient pas en tant que parlementaires investis du pouvoir de légiférer en vertu de la partie IV de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)

II, No. 5] during the policy development phase of law making, but rather, they are exercising their executive powers as Cabinet ministers responsible for their departments pursuant to various departmental acts (see *Department of Indian Affairs and Northern Development Act*, R.S.C., 1985, c. I-6; *Department of the Environment Act*, R.S.C., 1985, c. E-10; *Department of Fisheries and Oceans Act*, R.S.C., 1985, c. F-15; *Department of Transport Act*, R.S.C., 1985, c. T-18; *Department of Natural Resources Act*, S.C. 1994, c. 41; *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11). These various statutes provide for the appointment of ministers; establish the scope of their mandates; provide a basic framework of powers, duties and functions they may exercise in delivering on their mandates and for which they are accountable; create departments over which they preside; and organize resources to support them in the discharge of their responsibilities. Nowhere, however, do these acts refer even implicitly to their role as policy makers or to the development of legislation for introduction into Parliament. This is not to say that such a responsibility is not part of their mandate as ministers; but it flows from the Constitution itself and from our system of parliamentary democracy, and not from a delegation of powers from Parliament to the executive. The exercise of such powers is not reviewable by way of judicial review (*Southam Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1990] 3 F.C. 465 (C.A.), at paragraphs 27–29).

[29] The respondent proposes that a distinction be drawn between ministers acting as policy makers and ministers acting as legislators. Indeed, the respondent argued that the law-making process can be neatly split between the consultation part, on the one hand, and the various steps following the approval by the relevant Cabinet policy committee of the memorandum through which policy approval and authority to draft a bill is sought, on the other. But as shown by a document describing the law-making process at the federal level published by the Privy Council Office and to which the Judge referred at length in paragraphs 31 to 36 of his reasons (see *Guide to Making Federal Acts and Regulations*, 2nd ed., 2001, affidavit of Douglas Nevison, Exhibit H, appeal book, Vol. 19, at page 5752

[réimprimée dans L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], au cours de la phase d'élaboration des projets de loi, mais exerçaient plutôt leurs pouvoirs exécutifs à titre de ministres du Cabinet responsables de leurs ministères respectifs en vertu de diverses lois habilitantes (voir *Loi sur le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien*, L.R.C. (1985), ch. I-6; *Loi sur le ministère de l'Environnement*, L.R.C. (1985), ch. E-10; *Loi sur le ministère des Pêches et des Océans*, L.R.C. (1985), ch. F-15; *Loi sur le ministère des Transports*, L.R.C. (1985), ch. T-18; *Loi sur le ministère des Ressources naturelles*, L.C. 1994, ch. 41; *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11). Ces diverses lois prévoient la nomination de ministres, définissent la portée de leur mandat, fournissent un cadre général de pouvoirs, obligations et fonctions qu'ils peuvent exercer en vertu de leur mandat et dont ils doivent rendre compte, créent les ministères qu'ils dirigent et organisent les ressources nécessaires à l'exercice de leurs responsabilités. Toutefois, ces lois ne renvoient aucunement, même implicitement, au rôle des ministres dans l'orientation politique ou l'élaboration des projets de loi pour dépôt au Parlement. Or, cela signifie non pas qu'une telle responsabilité ne fait pas partie de leur mandat de ministres, mais plutôt qu'elle découle de la Constitution même et de notre système de démocratie parlementaire, et non d'une délégation de pouvoirs du Parlement à l'exécutif. L'exercice de ces pouvoirs n'est pas susceptible de contrôle judiciaire (*Southam Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1990] 3 C.F. 465 (C.A.), aux paragraphes 27 à 29).

[29] L'intimé propose qu'une distinction soit établie entre ministres agissant à titre de décideurs et ministres agissant à titre de législateurs. En effet, l'intimé a soutenu que la filière législative pouvait être scindée en deux : d'une part la consultation et d'autre part les diverses étapes suivant l'approbation par le comité d'orientation du Cabinet du mémoire au moyen duquel l'approbation politique et l'autorisation de rédiger un projet de loi sont demandées. Toutefois, comme il ressort d'un document décrivant le processus législatif fédéral publié par le Bureau du Conseil privé et abondamment cité par le juge aux paragraphes 31 à 36 de ses motifs (voir *Lois et règlements : l'essentiel*, 2<sup>e</sup> éd., 2001, affidavit de Douglas Nevison, pièce H, dossier d'appel, vol. 19, à la page 5752 et suiv.), la filière législative

and ff.), the legislative process is a fluid exercise involving many players, both at the political and at the government officials level. It would be artificial to parse out the elements of a minister's functions associated to either its executive or legislative functions for the purpose of drawing a red line between the dual roles of the members of Cabinet.

[30] In that respect, I am of the view that the Judge correctly found that the power that the ministers exercised in the entire course of the law-making process was legislative in nature. He rightly came to that conclusion after quoting from the decision of the majority of the Supreme Court in *Criminal Lawyers' Association*, at paragraph 28 (*per* Karakatsanis J.):

Over several centuries of transformation and conflict, the English system evolved from one in which power was centralized in the Crown to one in which the powers of the state were exercised by way of distinct organs with separate functions. The development of separate executive, legislative and judicial functions has allowed for the evolution of certain core competencies in the various institutions vested with these functions. The legislative branch makes policy choices, adopts laws and holds the purse strings of government, as only it can authorize the spending of public funds. The executive implements and administers those policy choices and laws with the assistance of a professional public service. The judiciary maintains the rule of law, by interpreting and applying these laws through the independent and impartial adjudication of references and disputes, and protects the fundamental liberties and freedoms guaranteed under the *Charter*.

[31] I shall return in the next section of these reasons to the concept of the separation of powers and its consequences in the case at bar. Suffice it to say, for the moment, that making policy choices and adopting laws are explicitly recognized as functions of the legislative branch. It is also worth noting that Justice Karakatsanis, in the above-quoted excerpt, refers to the “legislative branch” as opposed to the “legislature”; she thereby implicitly recognized that the legislative function is not under the exclusive purview of parliamentarians in our system of government, where Cabinet ministers are by convention elected members of Parliament and are “a *hyphen* which joins, a *buckle* which fastens, the legislative part of the state to the executive part of the state” (emphasis in the original), to use the words of Walter

constitue un exercice évolutif faisant intervenir de nombreux acteurs, tant des politiciens que des fonctionnaires. Il serait artificiel de catégoriser les fonctions d'un ministre selon qu'elles ressortissent soit au législatif, soit à l'exécutif, en vue de discriminer les deux rôles des membres du Cabinet.

[30] À cet égard, je suis d'avis que le juge de première instance a conclu à bon droit que le pouvoir exercé par les ministres dans l'ensemble de l'exercice d'élaboration des lois ressortissait au législatif. Il est arrivé à cette conclusion après avoir cité la décision des juges majoritaires de la Cour suprême au paragraphe 28 de l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* (la juge Karakatsanis) :

Au fil de plusieurs siècles de transformation et de conflits, le système anglais est passé d'un régime où la Couronne détenait tous les pouvoirs à un régime où des organes indépendants aux fonctions distinctes les exercent. L'évolution de fonctions exécutive, législative et judiciaire distinctes a permis l'acquisition de certaines compétences essentielles par les diverses institutions appelées à exercer ces fonctions. Le pouvoir législatif fait des choix politiques, adopte des lois et tient les cordons de la bourse de l'État, car lui seul peut autoriser l'affectation de fonds publics. L'exécutif met en œuvre et administre ces choix politiques et ces lois par le recours à une fonction publique compétente. Le judiciaire assure la primauté du droit en interprétant et en appliquant ces lois dans le cadre de renvois et de litiges sur lesquels il statue de manière indépendante et impartiale, et il défend les libertés fondamentales garanties par la *Charte*.

[31] Je reviendrai dans la section suivante des présents motifs à la notion de la séparation des pouvoirs et à ses conséquences en l'espèce. Il suffit de dire pour l'instant que faire des choix politiques et adopter des lois sont reconnus comme étant les fonctions du pouvoir législatif. Il convient également de souligner que la juge Karakatsanis, dans l'extrait précédent, fait référence à la « fonction législative » par opposition à la « législature »; elle reconnaît donc implicitement que la fonction législative n'est pas du ressort exclusif des parlementaires dans notre système de gouvernement, où les ministres du Cabinet sont, par convention, des députés élus et servent comme [TRADUCTION] « un trait d'union ou une boucle, à rattacher la partie législative à la partie exécutive du gouvernement » (caractères italiques

Bagehot, *The English Constitution*, 2nd ed. (London and Edinburgh: Thomas Nelson & Son, 1872), at page 14.

[32] In that context, it is difficult to understand why the Judge adopted a restrictive interpretation of subsection 2(2) of the *Federal Courts Act*. While admitting that this provision would preclude the intervention of the Court if the proceedings could be said to engage the parliamentary process, he emphasized that it was the process undertaken by the ministers before any piece of legislation had been drafted and presented to Parliament that was at stake here. Not only does this finding appear to run counter to his view that the ministers acted in their legislative capacity when they made the decisions leading to the formulation and introduction of the omnibus bills to Parliament (see reasons for judgment, at paragraph 66), but it also seems at odds with a contextual and purposive construction of subsection 2(2) of the *Federal Courts Act*. When read in its historical perspective, and bearing in mind the true nature of judicial review, the exclusion of the Senate and of the House of Commons in that subsection is not only meant to protect the existing function of parliamentary privilege by ensuring that judicial review is not extended to ministers acting in their capacity as members of Parliament or Senators, as the respondent would have it, but more broadly to preclude judicial review of the legislative process at large. When ministers are engaged in the law-making process, at whatever stage, they are not acting as statutory decision makers but as legislators, and their actions and decisions are immune from judicial review.

[33] Finally, the respondent relied on two cases in support of its argument that a distinction must be drawn between ministers acting in their parliamentary roles, that is, after a bill has received Cabinet approval and is introduced in Parliament, and ministers acting as members of the executive in the process of developing the policy and recommendations leading up to the decision to formulate and introduce a bill. The first is *Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Environment)*, 2010 ABCA 137 (CanLII), 482 A.R. 198 (*Tsuu T'ina Nation*) where the

dans l'original), pour reprendre les termes employés par Walter Bagehot dans son ouvrage *The English Constitution*, 2<sup>e</sup> éd. (London and Edimbourg : Thomas Nelson & Son, 1872), à la page 14.

[32] À la lumière de ce qui précède, il est difficile de comprendre pourquoi le juge a adopté une interprétation restrictive du paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Tout en admettant que cette disposition empêche l'intervention de la Cour si on pouvait affirmer que l'instance concernait le processus parlementaire, il a souligné que c'était le processus entrepris par les ministres avant la rédaction et le dépôt de tout texte législatif au Parlement qui était en jeu en l'espèce. Non seulement cette conclusion semble aller à l'encontre de son point de vue selon lequel les ministres ont agi en leur capacité législative lorsqu'ils ont pris les décisions qui ont mené à la rédaction des projets de loi omnibus et à leur dépôt au Parlement (voir les motifs du jugement, au paragraphe 66), mais elle semble également en contradiction avec une interprétation contextuelle et téléologique du paragraphe 2(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Si on replace l'exclusion du Sénat et de la Chambre des communes prévue dans la disposition dans un contexte historique, compte tenu de la véritable nature du contrôle judiciaire, cette exclusion vise non seulement à protéger l'objet du privilège parlementaire en veillant à ce que le contrôle judiciaire ne soit pas étendu aux actes des ministres — en leur qualité de parlementaires — ou des sénateurs, comme le voudrait l'intimé, mais aussi à empêcher le contrôle judiciaire de la filière législative en général. Lorsque les ministres participent à la filière législative, à quelque étape que ce soit, ils n'agissent pas à titre de décideurs qui tirent leur pouvoir d'une loi, mais à titre de législateurs, et leurs actes et décisions sont à l'abri du contrôle judiciaire.

[33] Enfin, l'intimé a invoqué deux décisions à l'appui de son argument selon lequel il faut établir une distinction entre, d'une part, ministres agissant dans leur rôle parlementaire, c'est-à-dire après qu'un projet de loi a reçu l'approbation du Cabinet et est présenté au Parlement, et, d'autre part, ministres agissant à titre de membres de l'exécutif dans l'élaboration de politiques et de recommandations précédant la décision de formuler et de déposer un projet de loi. La première décision, *Tsuu T'ina Nation v. Alberta (Environment)*, 2010 ABCA

First Nation applied for judicial review and sought a declaration that Alberta had a duty to consult with and accommodate its claimed treaty and Aboriginal rights and failed to discharge that duty in adopting a water management plan. I do not find this case of particular relevance, if only because the Cabinet and the ministers were acting as delegates pursuant to legislative authority. Section 9 of the *Water Act*, R.S.A. 2000, c. 3, allowed the Minister of Environment to require that a water management plan be developed by a Director or another person; the Director was also required to engage in such public consultation as the Minister considered appropriate. This is clearly a very different situation from the case at bar, where the ministers are acting as legislators and not as administrative decision-makers.

[34] The second case relied upon by the respondent is the decision of this Court in *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1992] 3 F.C. 192 (C.A.) (*Native Women's Association*, F.C.A.) in which the Native Women's Association of Canada (NWAC) challenged the government's refusal to grant them equal funding to other, allegedly male-dominated, Aboriginal organizations for the purpose of participating in the inquiry of a parliamentary committee on constitutional reform in the wake of the upcoming 1995 referendum in Québec. After finding that the refusal to grant funding violated the NWAC members' freedom of expression, the Federal Court of Appeal [at page 215] distinguished between the "formulation and introduction of a bill" occurring at the policy development stage from the process occurring once a policy has been decided upon and which sees steps being taken to implement it by way of legislation. In light of this distinction, the Court concluded that it could interfere with the committee's process at the policy-making stage. The Supreme Court of Canada reversed the Federal Court of Appeal on the finding that the NWAC's freedom of expression had been violated. Accordingly, it did not discuss whether the Court could have interfered with the committee's process (see *Native Women's Assn. of Canada v. Canada*, [1994] 3 S.C.R. 627).

137 (CanLII), 482 A.R. 198 (*Tsuu T'ina Nation*), porte sur une demande de contrôle judiciaire présentée par la Première Nation, cherchant à obtenir un jugement déclaratoire portant que l'Alberta avait l'obligation de la consulter et d'accommoder les droits ancestraux et issus de traités qu'elle revendique et portant que la Province ne s'était pas acquittée de cette obligation en adoptant un plan de gestion des eaux. Je ne crois pas que cette affaire soit particulièrement pertinente, ne serait-ce que parce que le Cabinet et les ministres agissaient en qualité de délégués, exerçant un pouvoir qui leur était conféré par voie législative. L'article 9 de la *Water Act*, R.S.A. 2000, ch. 3, permet au ministre de l'Environnement d'exiger qu'un plan de gestion des eaux soit élaboré par un directeur ou une autre personne; le directeur est également tenu de mener les consultations publiques que le ministre juge indiquées. Il s'agit manifestement d'une situation très différente de la présente affaire, où les ministres agissaient comme législateurs et non comme décideurs administratifs.

[34] La deuxième décision invoquée par l'intimé est celle rendue par la Cour dans l'arrêt *Native Women's Assn. of Canada c. Canada*, [1992] 3 C.F. 192 (C.A.) (*Native Women's Association*, C.A.F.), dans laquelle l'Association des femmes autochtones du Canada (AFAC) avait contesté le refus du gouvernement de lui accorder un financement égal à celui d'autres organisations autochtones, selon elle à prédominance masculine, pour lui permettre de participer aux travaux du Comité parlementaire sur la réforme constitutionnelle, qui ont précédé le référendum de 1995 au Québec. Après avoir conclu que le refus d'accorder le financement violait la liberté d'expression des membres de l'AFAC, la Cour d'appel fédérale [à la page 215] a établi une distinction entre, d'une part, la « rédaction et le dépôt d'un projet de loi » au stade de l'élaboration et, d'autre part, le processus qui s'enclenche une fois la politique arrêtée et qui concerne sa mise en œuvre par voie législative. Compte tenu de cette distinction, la Cour a conclu qu'elle ne pouvait s'immiscer dans le processus du comité, au stade de l'élaboration des politiques. La Cour suprême du Canada a infirmé la décision de la Cour d'appel fédérale, rejetant sa conclusion que la liberté d'expression de l'AFAC avait été bafouée. Par conséquent, elle n'a pas traité de la question de savoir si la Cour aurait pu s'immiscer dans le processus du comité

[35] The *Native Women's Association*, F.C.A. decision does not strike me as particularly helpful for a number of reasons. First, as just mentioned, the distinction drawn by the Court between the “preparation of a bill for introduction after it has been decided that the subject-matter is to be dealt with” and the “consultation, public or private, by Parliamentary Committee or otherwise, which the government may choose to undertake after deciding that it might be desirable that a matter be dealt with by legislation but before it has decided how it wishes the legislature to deal with it or whether a legislative proposal is politically acceptable” (*Native Women's Association*, F.C.A., at page 217), has not been endorsed by the Supreme Court.

[36] Second, the process that was at stake in that case was of a constitutional nature and involved the formulation of a constitutional resolution for the purposes of amending the fundamental law of the country, as opposed to the normal legislative process. While this crucial distinction was not discussed by either the Federal Court of Appeal or the Supreme Court of Canada in *Native Women's Association*, F.C.A., it is not a given that the same considerations apply to both of these processes. In fact, there the courts were not commenting on the scope of the definition of a federal board for the purposes of filing an application for judicial review under section 18 of the *Federal Courts Act*, but rather on the broader issue of justiciability and the separation of powers which may arise in any form of judicial proceeding.

[37] Finally, it appears that the availability of a section 18 remedy rested on the assumption that the decision to invite some designated Aboriginal organizations to engage in a process parallel to that of the Parliamentary Committee tasked to make recommendations on proposals for constitutional amendments, as well as the decision to allocate federal funding to those organizations, had been made by an authorized emanation of the federal government and that the

(voir *Assoc. des femmes autochtones du Canada c. Canada*, [1994] 3 R.C.S. 627).

[35] La décision *Native Women's Association*, C.A.F. ne me semble pas particulièrement utile pour plusieurs raisons. Premièrement, comme je viens de le mentionner, la distinction établie par la Cour entre « la préparation d'un projet de loi en vue de son dépôt une fois qu'il a été décidé que la question doit être examinée » et le « processus de consultation, public ou privé, par comité parlementaire ou autrement, que le gouvernement peut choisir d'entreprendre après avoir décidé qu'il serait peut-être préférable qu'une question fasse l'objet d'une loi, mais avant d'avoir choisi la façon dont il souhaite que la législature s'y prenne ou d'avoir décidé si une proposition législative est politiquement acceptable » (*Native Women's Association*, C.A.F., à la page 217), n'a pas été approuvée par la Cour suprême.

[36] Deuxièmement, le processus en litige dans cette affaire était de nature constitutionnelle et devait mener à la rédaction d'une résolution constitutionnelle ayant pour objet la modification de la loi fondamentale du pays. Il ne s'agissait pas du processus législatif normal. Bien que cette distinction cruciale n'ait été examinée ni par la Cour d'appel fédérale ni par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Native Women's Association*, C.A.F., on ne peut présumer que les mêmes considérations s'appliquent à ces deux processus. En fait, ces deux arrêts n'analysaient pas la définition d'office fédéral dans le contexte d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Ils portaient plutôt sur la question plus générale de la justiciabilité et de la séparation des pouvoirs, susceptible d'être soulevée dans toute instance, quelle qu'elle soit.

[37] Enfin, il semble que, pour que soit possible la réparation prévue à l'article 18, il aurait fallu que la décision d'inviter certaines organisations autochtones désignées à participer à un processus parallèle à celui du comité parlementaire chargé de faire des recommandations sur les propositions de modification constitutionnelle, ainsi que la décision de verser des fonds publics à ces organisations, aient été prises par une source autorisée du gouvernement fédéral et que le

funding must have been made by a federal board. As stated by this Court:

.... As I understand our Constitution, the expenditure of funds must have been authorized by Act of Parliament. If, as it appears, the invitation to join in the process was not authorized by Act or regulation, it must have been an exercise of Crown prerogative.

*Native Women's Association*, F.C.A., at page 214.

[38] For all of the above reasons, I find this case manifestly insufficient to support the proposition put forward by the respondent and to depart from the well-established principles governing the jurisdiction of the Federal Court pursuant to sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*. The source of the power that the appellant ministers exercised and which is the true object of the respondent's complaint was, in my opinion, legislative in nature and derived from their status as members of Parliament. Therefore, the matter is not a proper subject for an application for judicial review under the *Federal Courts Act*.

[39] The matter could come to an end here, since the foregoing reasoning is sufficient to dispose of the matter. There is, however, a more fundamental and principled reason why the application for judicial review brought by the respondent cannot be entertained, to which I shall now turn.

B. *Did the Judge err by failing to respect the doctrine of separation of powers or the principle of parliamentary privilege?*

[40] As previously alluded to, there is a clear tension in the case law between the doctrine of the separation of powers and the duty to consult that has been developed as a result of the enactment of section 35 of the *Constitution Act, 1982*. While the separation of powers doctrine is not explicitly entrenched in the Canadian Constitution, courts have frequently recognized the normative value of that principle (see, for example, *New Brunswick Broadcasting Co. v. Nova Scotia (Speaker of the House of Assembly)*, [1993] 1 S.C.R. 319, at page 389; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at

financement ait été versé par un office fédéral. Comme la Cour l'a affirmé :

[...] Selon mon interprétation de la Constitution, le versement des deniers doit avoir été autorisé par une loi du Parlement. Si, comme il paraît, l'invitation à se joindre au processus n'a pas été autorisée par une loi ou un règlement, il doit s'agir de l'exercice de la prérogative royale.

*Native Women's Association*, C.A.F., à la page 214.

[38] Pour les motifs qui précèdent, j'estime que cet arrêt n'étaye pas la thèse avancée par l'intimé qui voudrait que l'on s'écarte des principes bien établis régissant la compétence de la Cour fédérale en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*. La source du pouvoir que les ministres, appelants en l'espèce, ont exercé et qui est le véritable objet de la plainte de l'intimé était, à mon avis, de nature législative et découlait de leur qualité à titre de parlementaires. Par conséquent, l'objet de la demande ne se prête pas à un contrôle judiciaire effectué aux termes de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[39] L'affaire pourrait prendre fin, étant donné que le raisonnement qui précède permet de trancher le litige. Toutefois, une autre raison de principe, plus fondamentale, fait obstacle à la demande de contrôle judiciaire présentée par l'intimé. Je m'explique.

B. *Le juge a-t-il commis une erreur en ne respectant pas le principe de la séparation des pouvoirs ou celui du privilège parlementaire?*

[40] J'ai fait allusion précédemment au conflit dans la jurisprudence entre le principe de la séparation des pouvoirs et l'obligation de consultation qui découle de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Bien que la séparation des pouvoirs ne soit pas prévue expressément dans la Constitution canadienne, les tribunaux en ont souvent reconnu la valeur normative (voir, par exemple, l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Co. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319, à la page 389; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, aux pages 620 et 621; *Doucet-Boudreau*

pages 620 and 621; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 33 and 34; *Newfoundland (Treasury Board) v. N.A.P.E.*, 2004 SCC 66, [2004] 3 S.C.R. 381, at paragraphs 104 and 105; *Canada (House of Commons) v. Vaid*, 2005 SCC 30, [2005] 1 S.C.R. 667, at paragraph 21; *Canada (Prime Minister) v. Khadr*, 2010 SCC 3, [2010] 1 S.C.R. 44). The duty to consult, on the other hand, is now more firmly established, but its contours are still imprecise, both with respect to the extent of its application and with regard to its variable requirements.

[41] The source of the modern duty to consult is said to be the “honour of the Crown”, a concept linked to section 35 of the *Constitution Act, 1982* and sometimes to *The Royal Proclamation, 1763* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1], and more generally to the objective of reconciliation following Canada’s colonial history with Aboriginal peoples.

[42] The duty to consult first appeared in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 (*Sparrow*), where the Court laid out the approach to establish a section 35 violation. First, the person invoking the section 35 right must show that (1) it holds an “existing” Aboriginal or treaty right that was not extinguished in 1982, and (2) there has been a *prima facie* infringement of that right in the sense of an unreasonable limitation, an undue hardship or a denial of the preferred means of exercising the Aboriginal or treaty right. Then, the burden is on the Crown to justify the interference based on a valid legislative objective, and to show that the interference is consistent with the honour of the Crown and its fiduciary duty to Aboriginal peoples. At the justification stage regarding the honour of the Crown, consultation with Aboriginal peoples was recognized (along with the issue of minimization of the infringement and fair compensation) as a factor that might justify an infringement of an Aboriginal fishing right caused by fishing regulations.

[43] In *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, the Supreme Court elaborated on the justification test for an infringement of Aboriginal title. Noting that Aboriginal title entailed the right to choose

*c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l’Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 33 et 34; *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c. N.A.P.E.*, 2004 CSC 66, [2004] 3 R.C.S. 381, aux paragraphes 104 et 105; *Canada (Chambre des communes) c. Vaid*, 2005 CSC 30, [2005] 1 R.C.S. 667, au paragraphe 21; *Canada (Premier ministre) c. Khadr*, 2010 CSC 3, [2010] 1 R.C.S. 44). En revanche, l’obligation de consulter est maintenant mieux établie qu’elle ne l’était, mais ses contours demeurent flous, qu’il s’agisse de la portée de son application ou des divers critères à respecter.

[41] L’obligation moderne de consulter tire sa source de « l’honneur de la Couronne », une notion que l’on associe à l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et parfois à la *Proclamation royale (1763)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 1] et, de façon plus générale, à l’objectif visant la réconciliation avec les peuples autochtones, en raison du passé colonial du Canada.

[42] L’obligation de consulter est mentionnée pour la première fois dans l’arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 (*Sparrow*), où la Cour suprême énonce la démarche permettant de décider s’il y a eu violation de l’article 35. Premièrement, la personne revendiquant le droit prévu à l’article 35 doit démontrer 1) qu’elle détient un droit ancestral ou issu d’un traité « existant » qui n’a pas été éteint en 1982, et 2) qu’il y a eu *a priori* une atteinte à ce droit, sous la forme d’une restriction déraisonnable, d’un règlement indûment rigoureux ou d’un refus aux titulaires du droit ancestral ou issu d’un traité du recours à leur moyen préféré de l’exercer. Ensuite, il incombe à la Couronne de justifier l’atteinte par un objectif législatif régulier et de démontrer que l’atteinte ne compromet pas l’honneur de la Couronne et son obligation fiduciaire envers les peuples autochtones. À l’étape de la justification, quant à l’honneur de la Couronne, il a été reconnu que la tenue de consultations auprès des peuples autochtones (tout comme l’atteinte minimale aux droits et le versement d’une indemnité juste) pouvait justifier la violation d’un droit de pêche ancestral par un règlement en matière de pêches.

[43] Dans l’arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, la Cour suprême donne des précisions au sujet du critère de justification d’une atteinte au titre aborigène. Soulignant que le titre

how the land would be used, the Court found that there was a duty of consultation, particularly when enacting hunting and fishing regulations relating to Aboriginal lands. More recently, the Supreme Court revisited the test for justification of an infringement to proven Aboriginal title in the decision of *Tsilhqot'in*. The Court found that the Crown, to justify an infringement, would have to show that the procedural duty to consult had been complied with, that there was a compelling and substantial objective for the infringement, and that the benefit to the public was proportionate to the adverse effect on Aboriginal interest. As such, the duty to consult evolved from a factor to be considered, amongst others, in the justification stage of the infringement analysis, to a necessary condition of a finding of justification of infringement.

[44] The duty to consult was also applied outside of the justification context in *Mikisew Cree First Nation v. Canada (Minister of Canadian Heritage)*, 2005 SCC 69, [2005] 3 S.C.R. 388, a decision which involved the interpretation of the “taking up” clause in Treaty No. 8. Mikisew Cree objected to Canada’s decision to take up land alongside its reserve to run a winter road, which incidentally cut through a number of its band members’ family traplines. The Supreme Court found that when contemplating a proposed taking up of lands under Treaty No. 8, the honour of the Crown imposes a distinct, procedural right to consultation. In other words, the Crown could not invoke the *Sparrow* test to show that regardless of consultation, the infringement of the Mikisew Cree’s treaty rights was justifiable. The Crown had to first meet its duty to consult, and absent adequate consultation, the infringement was unjustifiable regardless of the substantive reasons that might justify running a road by the reserve. The same obligations attach to taking up lands under Treaty No. 3 (see generally *Grassy Narrows*).

[45] In 2004, the duty to consult was recognized in the context of asserted, but unproven claims to Aboriginal rights. The Supreme Court of Canada found in *Haida*

aborigène entraîne le droit de choisir la façon dont les terres sont utilisées, la Cour conclut à l’existence d’une obligation de consultation, tout particulièrement lorsqu’il s’agit de prendre des règlements sur la chasse et la pêche visant des territoires autochtones. Plus récemment, la Cour suprême réexamine, à l’occasion de l’arrêt *Tsilhqot'in*, le critère applicable à la justification d’une atteinte à un titre aborigène démontré. La Cour conclut que la Couronne, pour justifier une atteinte, doit démontrer que l’obligation procédurale de consulter a été respectée, qu’un objectif impérieux et réel existe et que l’avantage pour le public est proportionnel à l’effet préjudiciable sur l’intérêt autochtone. Par conséquent, l’obligation de consulter a évolué, passant d’un des facteurs à prendre en considération à l’étape de la justification à une condition nécessaire à la justification de l’atteinte.

[44] L’obligation de consulter a également joué un rôle à une autre étape que celle de la justification, dans l’affaire *Première nation crie Mikisew c. Canada (Ministre du Patrimoine canadien)*, 2005 CSC 69, [2005] 3 R.C.S. 388. La décision portait sur l’interprétation du terme « prise » contenu dans le Traité n° 8. La Première nation crie Mikisew a attaqué la décision du Canada de prendre des terres longeant sa réserve pour construire une route d’hiver qui se trouvait à sectionner les sentiers de piégeage appartenant à plusieurs familles de la bande. La Cour suprême conclut que, dans les cas où l’on envisage un projet visant la prise de terres en vertu du Traité n° 8, le principe de l’honneur de la Couronne impose un droit procédural distinct à la consultation. En d’autres termes, la Couronne ne pouvait pas invoquer le critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow* pour démontrer que l’atteinte aux droits issus de traités de la Première nation crie Mikisew était justifiée, sans égard aux consultations tenues. La Couronne devait d’abord s’acquitter de son obligation de consultation. À défaut d’une consultation adéquate, l’atteinte n’était pas justifiée, quels que soient les motifs sous-tendant la construction d’une route près de la réserve. Les mêmes obligations s’attachent à la prise de terres en vertu du Traité n° 3 (voir, de façon générale, *Grassy Narrows*).

[45] En 2004, on a reconnu le rôle de l’obligation de consulter dans le contexte de droits ancestraux revendiqués, mais non prouvés. La Cour suprême du Canada

*Nation* that it was inconsistent with the honour of the Crown for the province to allow continued logging over territories in a manner that might leave the Haida Nation with meaningless rights over lands of cultural significance once they managed to prove them in court. The Court found that when the Crown contemplates conduct that may adversely affect an asserted Aboriginal or treaty right, a duty to consult arises.

[46] In *Rio Tinto*, the Supreme Court noted that the duty to consult attaches not only to decisions that directly result in adverse impacts on resources, but also to “strategic, higher level decisions” (at paragraph 44). This has generally involved decisions relating to the management of a specific resource on the First Nations’ traditional territory. Examples of such strategic planning decisions that have given rise to a duty to consult include the following:

- The approval of a forest stewardship plan: *Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345, 95 Admin. L.R. (5th) 229, *sub nom. Kwakiutl First Nation v. North Island Central Coast Forest District*, [2015] B.C.J. No. 1605 (QL);
- A municipal land use plan: *Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991, [2014] 8 W.W.R. 742;
- An order-in-council enacting a regional water management plan: *Tsuu T’ina Nation*;
- A decision to designate a project as subject to environmental assessment: *Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2015 BCSC 1180, 88 Admin. L.R. (5th) 100;
- The design of the process for the environmental assessment of a gas pipeline: *Dene Tha’ First*

conclut dans l’arrêt *Nation haïda* qu’il était contraire à l’honneur de la Couronne pour la Province de permettre que l’exploitation forestière se poursuive sur le territoire, de sorte que la Nation haïda finirait par posséder des droits vides de sens sur des terres d’importance culturelle une fois qu’elle aurait réussi à en prouver l’existence en justice. La Cour dit que lorsque la Couronne envisage des mesures susceptibles de nuire à un droit ancestral ou issu d’un traité revendiqué, elle a une obligation de consulter.

[46] Dans l’arrêt *Rio Tinto*, la Cour suprême fait remarquer que l’obligation de consulter s’applique non seulement aux décisions qui ont directement un effet préjudiciable sur les ressources, mais aussi à une « “décision stratégique prise en haut lieu” » (au paragraphe 44). C’est généralement le cas de décisions relatives à la gestion d’une ressource précise sur le territoire traditionnel des Premières Nations. Suivent des exemples de ce genre de décisions de planification stratégique qui ont donné lieu à une obligation de consulter :

- L’approbation d’un plan de gestion forestière (*Chartrand v. British Columbia (Forests, Lands and Natural Resource Operations)*, 2015 BCCA 345, 95 Admin. L.R. (5th) 229), *sub nom. Kwakiutl First Nation v. North Island Central Coast Forest District*, [2015] B.C.J. No. 1605 (QL);
- Un plan d’aménagement du territoire municipal (*Squamish Nation v. British Columbia (Community, Sport and Cultural Development)*, 2014 BCSC 991, [2014] 8 W.W.R. 742);
- Un décret portant sur l’adoption d’un plan de gestion des eaux régionales (*Tsuu T’ina Nation*);
- La décision de subordonner un projet à une évaluation environnementale (*Fort Nelson First Nation v. British Columbia (Environmental Assessment Office)*, 2015 BCSC 1180, 88 Admin. L.R. (5th) 100);
- La conception du processus d’évaluation environnementale d’un gazoduc (*Première Nation Dene*

*Nation v. Canada (Minister of Environment)*, 2006 FC 1354, 25 C.E.L.R. (3d) 247;

- A non-binding agreement-in-principle between the Crown and another First Nation with overlapping land claims: *Sambaa K'e Dene First Nation v. Duncan*, 2012 FC 204, [2012] 2 C.N.L.R. 369;
- A minister's refusal to recommend a change to a conservancy boundary prior to its legislative enactment by the lieutenant governor-in-council: *Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620, [2011] 3 C.N.L.R. 188.

[47] When it comes to whether Crown conduct having the potential of triggering the duty to consult includes legislative action (as opposed to being limited to decisions purely administrative in nature), this matter has been expressly left open by the Supreme Court in *Rio Tinto*. In the first appellate case where the issue was squarely raised and addressed, the Alberta Court of Appeal concluded that the duty to consult does not apply to the legislative process (see *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206 (CanLII), [2007] 10 W.W.R. 1 (*Lefthand*)). Slatter J. found that there is no obligation to consult prior to the passage of legislation because this would be an interference with the functioning of the legislature:

The duty to consult is of course a duty to consult collectively; there is no duty to consult with any individual. There can however be no duty to consult prior to the passage of legislation, even where aboriginal rights will be affected: *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39 (CanLII), [2003] 2 S.C.R. 40. It cannot be suggested there are any limits on Parliament's right to amend the *Indian Act*. It would be an unwarranted interference with the proper functioning of the House of Commons and the Provincial Legislatures to require that they engage in any particular processes prior to the passage of legislation. The same is true of the passage of regulations and Orders in Council by the appropriate Executive Council. Enactments must stand or fall based on their compliance with the constitution, not based on the processes used to enact them. Once enactments are in place, consultation only becomes an issue if a *prima facie*

*Tha' c. Canada (Ministre de l'Environnement)*, 2006 CF 1354);

- Une entente de principe non contraignante entre la Couronne et une Première Nation dont les territoires revendiqués chevauchent ceux d'autres Premières Nations (*Première Nation des Dénés de Sambaa K'e c. Duncan*, 2012 CF 204);
- Le refus du ministre de recommander la modification aux bornes d'une aire protégée avant l'édiction par le lieutenant-gouverneur en conseil de la loi l'établissant (*Da'naxda'xw/Awaetlala First Nation v. British Columbia (Environment)*, 2011 BCSC 620, [2011] 3 C.N.L.R. 188).

[47] Or, la Cour suprême dans l'arrêt *Rio Tinto* refuse expressément de répondre à la question de savoir si les actes de la Couronne susceptibles de faire jouer l'obligation de consulter s'entendent aussi d'une mesure législative (et ne se limitent pas aux décisions de nature purement administrative). À l'occasion de la première affaire dans laquelle la question a été directement soulevée et examinée en appel, la Cour d'appel de l'Alberta a conclu que l'obligation de consulter ne s'applique pas à la filière législative (voir *R. v. Lefthand*, 2007 ABCA 206 (CanLII), [2007] 10 W.W.R. 1 (*Lefthand*)). Selon le juge Slatter, aucune obligation de consulter n'existe avant l'adoption d'une loi, car elle constituerait une ingérence dans le fonctionnement des assemblées législatives :

[TRADUCTION] L'obligation de consulter vise évidemment une collectivité; il n'existe aucune obligation de consulter tel ou tel particulier. Cependant, il n'y a aucune obligation de consulter avant l'adoption d'une loi, même lorsque des droits ancestraux seront touchés (*Authorson c. Canada (Procureur général)*, [2003] 2 R.C.S. 40). On ne saurait laisser entendre que le droit du législateur de modifier la *Loi sur les Indiens* est limité. Assujettir la Chambre des communes et les assemblées législatives provinciales à un certain processus avant qu'elles adoptent des lois équivaldrait à une immixtion injustifiée dans leurs travaux. Il en va de même pour la prise de règlements et décrets par le conseil exécutif. Les textes législatifs doivent passer par le crible de la Constitution, et non celui des processus qui ont présidé à leur adoption. Une fois que les textes législatifs sont adoptés, la question de la consultation ne se pose que s'il faut justifier une atteinte

breach of an aboriginal right is sought to be justified: *Mikisew Cree* at para. 59.

*Lefthand*, at paragraph 38.

[48] Slatter J. added that consultation might be relevant to justification, but that it was not a threshold validity issue (*Lefthand*, at paragraph 49). Watson J. endorsed these comments, and added that courts should be wary of declaring justiciable a legislative process when the result of that process is already sufficiently vulnerable to constitutional evaluation and the consequences of the legislation are capable of remedy under law if need be. In her concurring reasons, Conrad J. approached the case from a different angle, framing the issue as a conflict between the *Sparrow* framework and the approach adopted in both *Haida Nation* and *Mikisew*. She concluded that since the regulation at issue was already enacted and the treaty rights proven, the circumstances more closely resembled those which arose in *Sparrow*; as such, Conrad J. found that consultation should be considered as a factor in the justification analysis.

[49] The Alberta Court of Appeal revisited the issue in *Tsuu T'ina Nation*, where two First Nations submitted that they were not consulted nor accommodated by the Province of Alberta with respect to the development of the Water Management Plan for the South Saskatchewan River Basin (SSRB). As previously mentioned, section 9 of the *Water Act* allows the Minister of Environment to require that a water management plan be developed by a Director or another person. The Minister accordingly asked a Director to develop such a plan for the SSRB. The Director was required to engage in such public consultation as the Minister considered to be appropriate, in accordance with paragraph 9(2)(f) of the *Water Act*. Commenting on the Crown's argument that legislation cannot be invalidated because of a failure to consult, the Court relied on a passage from Slatter J. in *Lefthand* recognizing that whether a duty to consult arises beyond the passage of legislation and regulations is not yet clear. Therein, Justice Slatter provided examples of the duty being recognized for administrative decision makers whose orders may impact Aboriginal rights and in the case of study groups tasked with making recommendations

*prima facie* à un droit ancestral (*Première nation crie Mikisew*, au par. 59).

*Lefthand*, au paragraphe 38.

[48] Le juge Slatter précise que la consultation pourrait se révéler pertinente à l'étape de la justification, mais qu'elle n'est pas déterminante pour la validité (*Lefthand*, au paragraphe 49). Le juge Watson souscrit à ces propos et ajoute que les tribunaux doivent se garder de déclarer justiciable le processus législatif; son résultat étant déjà suffisamment évalué sur le plan constitutionnel, et les effets des dispositions législatives pouvant donner lieu à des réparations au besoin. Dans ses motifs concordants, la juge Conrad aborde l'affaire sous un autre angle, estimant qu'il y avait conflit entre le cadre établi dans l'arrêt *Sparrow* et celui découlant des arrêts *Nation haïda* et *Mikisew*. Selon elle, étant donné que le règlement en litige était déjà pris, et les droits issus de traités démontrés, les circonstances ressemblaient davantage à celles de l'affaire *Sparrow*. Selon la juge Conrad, la consultation doit constituer un élément dans l'analyse de la justification.

[49] La Cour d'appel de l'Alberta a réexaminé la question dans l'arrêt *Tsuu T'ina Nation*. Dans cette affaire, deux Premières Nations ont fait valoir qu'elles n'avaient pas été consultées et qu'aucune mesure d'accommodement n'avait été prise par la province d'Alberta en ce qui a trait à l'élaboration du plan de gestion des eaux pour le bras sud de la rivière Saskatchewan. Comme je l'ai déjà mentionné, l'article 9 de la *Water Act* permet au ministre de l'Environnement d'exiger qu'un directeur ou une autre personne élabore un plan de gestion des eaux. Le ministre a donc demandé à un directeur de mettre au point un tel plan pour le bassin sud de la rivière Saskatchewan. Le directeur était tenu de mener les consultations publiques jugées indiquées par le ministre, conformément à l'alinéa 9(2)(f) de la *Water Act*. La Cour d'appel, commentant la thèse de la Couronne selon laquelle les lois ne peuvent être invalidées pour cause d'absence de consultation, a renvoyé à un extrait des motifs du juge Slatter dans l'arrêt *Lefthand* selon qui, après l'adoption d'une loi ou la prise d'un règlement, la question de l'obligation de consulter est encore floue. Dans cette affaire, le juge Slatter a donné des exemples où l'existence de cette obligation avait été

which may affect Aboriginal interests. The Court then stated the following:

Accordingly, even if the Legislature itself does not have a duty to consult prior to passing legislation, the duty may still fall upon those assigned the task of developing the policy behind the legislation, or upon those who are charged with making recommendations concerning future policies and actions. Here, the Director and the Department of the Environment were directed to develop a water management plan for the purpose of making recommendations to the Lieutenant Governor in Council for his approval. The *Water Act* requires consultation with stakeholders in developing a plan. The situation appears similar to that spoken of by Slatter J.A. above, where he recognized that consultation may be appropriate in the case of a study group established to make regulations respecting the fisheries covered in Treaty 7.

*Tsuu T'ina Nation*, at paragraph 55.

[50] Despite the seemingly broad language of the first sentence of this excerpt, I am of the view that it cannot be used by the respondent in support of its argument. First of all, I note that the *Water Act* itself required consultation with stakeholders (which included First Nations) to take place in developing a water plan and before making recommendations to the executive branch of government. Second, the consultations in *Tsuu T'ina Nation* occurred outside the legislative context, as they were to be conducted well after the enactment of the legislation. This is obviously much different from the type of consultation that the respondent has in mind in the case at bar, which would arise as part of the process leading up to the enactment of legislation by Parliament.

[51] This is not to say that a statutory regime that would not allow for consultation and that would fail to provide any other equally effective means to acknowledge and accommodate Aboriginal claims would be immune from a constitutional challenge. As the Court of Appeal for Yukon found in *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, at paragraph 37, such a statute would probably be

reconnue dans le cas de décideurs administratifs dont les ordres risquent d'affecter les droits ancestraux et dans celui de groupes d'étude chargés de faire des recommandations susceptibles d'avoir une incidence sur les intérêts autochtones. La Cour a poursuivi ainsi :

[TRADUCTION] Par conséquent, même si le législateur lui-même n'a pas l'obligation de consulter avant de légiférer, cette obligation peut tout de même incomber à ceux qui ont pour tâche d'élaborer les politiques qui sous-tendent la législation, ou qui sont chargés de faire des recommandations au sujet des orientations et mesures futures. En l'espèce, le directeur et le ministère de l'Environnement étaient tenus d'élaborer un plan de gestion des eaux en vue de recommander au lieutenant-gouverneur en conseil son approbation. La *Water Act* exige la tenue de consultations avec les acteurs du domaine en vue de l'élaboration d'un plan. La situation ressemble à celle que mentionne le juge Slatter où il a reconnu que des consultations menées par un groupe d'étude convoqué pour prendre des règlements concernant les pêches visées par le Traité n° 7 pouvaient être opportunes.

*Tsuu T'ina Nation*, au paragraphe 55.

[50] Malgré le libellé apparemment général de la première phrase de cet extrait, je suis d'avis qu'il ne peut étayer l'argument de l'intimé. Tout d'abord, je constate que la *Water Act* elle-même prévoit la tenue de consultations avec les acteurs du domaine (y compris des Premières Nations) dans l'élaboration du plan de gestion des eaux et avant la présentation de recommandations à l'exécutif. Deuxièmement, les consultations dont il est question dans l'arrêt *Tsuu T'ina* sont intervenues en marge de la filière législative; elles devaient être effectuées bien après l'entrée en vigueur de la mesure législative. La situation diffère évidemment énormément du genre de consultations que l'intimé demande dans le cas qui nous occupe et qui se tiendraient dans le cadre de la filière menant à l'édiction d'une loi par le législateur.

[51] Je ne veux pas dire par là qu'un cadre législatif qui ne permettrait pas les consultations ni ne prévoirait d'autre moyen tout aussi efficace d'écouter les revendications autochtones et d'y trouver des accommodements serait à l'abri d'une contestation constitutionnelle. Comme le dit la Cour d'appel du Yukon dans l'arrêt *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, au paragraphe 37, une

defective and vulnerable if relied upon to justify a decision susceptible to impede or prevent the enjoyment of some Aboriginal rights. But this is a far cry from saying that governments are constitutionally required to consult with First Nations before introducing legislation.

[52] The self-restraint that courts have so far shown when called upon to impose a duty to consult in the context of the legislative process rests on solid, principled grounds. Parliamentary sovereignty and the separation of powers doctrine are well-established pillars of our Constitution and have been recognized by the Supreme Court on numerous occasions, most recently in *Criminal Lawyers' Association*. It is in recognition of these unwritten constitutional principles that the Supreme Court found in *Authorson v. Canada (Attorney General)*, 2003 SCC 39, [2003] 2 S.C.R. 40 (*Authorson*) (admittedly in a different context) that the due process protections found in paragraph 1(a) of the *Canadian Bill of Rights*, S.C. 1960, c. 44, reprinted in R.S.C., 1985, Appendix III do not require that veterans receive notice and a hearing before Parliament prior to the passage of expropriative legislation. As the Court stated, “[l]ong-standing parliamentary tradition makes it clear that the only procedure due any citizen of Canada is that proposed legislation receive three readings in the Senate and House of Commons and that it receive Royal Assent” (at paragraph 37).

[53] That courts will only come into the picture after legislation is enacted and not before (except when their opinion is sought by a government on a reference) is a well-established principle (see *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at page 785; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at paragraph 59). It was probably best captured by Sopinka J., writing for a unanimous court in *re Canada Assistance Plan*. In that case, the Supreme Court was asked to consider whether a procedural duty of fairness prevented Parliament from enacting legislation that cut spending on provincial programs which had been promised under a number of federal-provincial agreements. In that context, the Court found that no duty of fairness attached to the

telle loi serait probablement jugée lacunaire et vulnérable si elle était invoquée pour justifier une décision susceptible d’entraver ou d’empêcher la jouissance de certains droits ancestraux. Or, ce n’est pas du tout la même chose qu’affirmer que la Couronne est tenue par la Constitution de consulter les Premières Nations avant le dépôt d’un projet de loi.

[52] L’hésitation des tribunaux à imposer une obligation de consulter dans le cadre de la filière législative repose sur des principes solides. La souveraineté du Parlement et la séparation des pouvoirs sont des piliers bien établis de notre Constitution. Elles ont été reconnues par la Cour suprême à de nombreuses reprises, dont récemment dans l’arrêt *Criminal Lawyers' Association*. C’est en reconnaissance de ces principes constitutionnels non écrits que la Cour suprême conclut dans l’arrêt *Authorson c. Canada (Procureur général)*, 2003 CSC 39, [2003] 2 R.C.S. 40 (*Authorson*) (certes, dans un contexte différent) que les garanties d’application régulière de la loi que l’on trouve à l’alinéa 1a) de la *Déclaration canadienne des droits*, L.C. 1960, ch. 44, reproduite dans L.R.C. (1985), appendice III, n’empotent pas le droit, pour les anciens combattants, à un préavis et à une audience devant le Parlement avant l’adoption de la loi expropriatrice. Comme la Cour l’affirme, « [s]elon notre longue tradition parlementaire, il est clair que tout ce qu’un citoyen canadien peut exiger, sur le plan procédural, c’est qu’un projet de loi fasse l’objet de trois lectures à la Chambre des communes et au Sénat et qu’il reçoive la sanction royale » (au paragraphe 37).

[53] Il est un principe bien établi selon lequel les tribunaux n’interviennent qu’après l’adoption d’une loi et non avant (sauf lorsque leur avis est sollicité par un gouvernement dans le cadre d’un renvoi) (voir *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la page 785; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, au paragraphe 59). C’est probablement le juge Sopinka, s’exprimant au nom d’une Cour unanime dans le *Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, qui a résumé le mieux cette conclusion. Dans cette affaire, la Cour suprême était appelée à examiner la question de savoir si une obligation d’équité procédurale empêchait le législateur de légiférer pour réduire les dépenses consacrées aux programmes

formulation and introduction of a bill in Parliament, and that courts would not “meddle” with the exercise of legislative functions:

The formulation and introduction of a bill are part of the legislative process with which the courts will not meddle. So too is the purely procedural requirement in s. 54 of the *Constitution Act, 1867*. That is not to say that this requirement is unnecessary; it must be complied with to create fiscal legislation. But it is not the place of the courts to interpose further procedural requirements in the legislative process. I leave aside the issue of review under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* where a guaranteed right may be affected.

*re Canada Assistance Plan*, at page 559.

[54] It is not entirely clear what Justice Sopinka meant by his last sentence, beyond the recognition that statutes are always reviewable for constitutional infirmity. What is certain, however, is that the dichotomy between the executive and Parliament that the respondent seeks to draw here in order to contend that the government is constrained by the obligation to consult is devoid of any merit. In Sopinka J.’s view, such a submission “ignores the essential role of the executive in the legislative process of which it is an integral part” (*re Canada Assistance Plan*, at page 559). He added that “[a] restraint on the executive in the introduction of legislation is a fetter on the sovereignty of Parliament itself” (*re Canada Assistance Plan*, at page 560). It is hard to conceive of a more explicit statement.

[55] The scope of the courts’ power to impose procedural restraints on the legislative process was discussed in the Charter context in *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia*, 2007 SCC 27, [2007] 2 S.C.R. 391 (*Health Services*). In that case, health care sector workers challenged legislation that effectively invalidated portions

provinciaux qui avaient été promis par voie d’ententes fédérales-provinciales. Dans ce contexte, la Cour conclut qu’il n’existe aucune obligation d’équité à l’égard de la rédaction et du dépôt d’un projet de loi au Parlement, et que les tribunaux ne « s’immiscent » pas dans l’exercice des fonctions de nature législative :

La rédaction et le dépôt d’un projet de loi font partie du processus législatif dans lequel les tribunaux ne s’immiscent pas. C’est le cas également de l’exigence purement procédurale que l’on trouve à l’art. 54 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Cela ne veut toutefois pas dire que cette exigence est inutile; il faut la respecter en légiférant en matière fiscale. Mais il n’appartient pas aux tribunaux judiciaires d’intercaler dans le processus législatif d’autres exigences procédurales. Je ne traiterai pas de la question de l’examen en vertu de la *Charte canadienne des droits et libertés* dans le cas d’atteinte possible à un droit garanti.

*Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, à la page 559.

[54] On ne sait pas avec certitude ce que le juge Sopinka entendait par sa dernière phrase, mis à part rappeler que les lois sont toujours susceptibles de contrôle sur le plan de la constitutionnalité. Ce qui est certain, toutefois, c’est que la dichotomie entre l’exécutif et le législatif que l’intimé invoque pour prétendre que le gouvernement est lié par l’obligation de consulter est un argument dénué de tout fondement. De l’avis du juge Sopinka, une telle présentation « fait abstraction du rôle essentiel que joue l’exécutif dans le processus législatif dont il fait partie intégrante » (*Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, à la page 559). Il ajoute que « [t]oute restriction imposée au pouvoir de l’exécutif de déposer des projets de loi constitue une limitation de la souveraineté du Parlement lui-même » (*Renvoi relatif au Régime d’assistance publique du Canada*, à la page 560). Il est difficile de concevoir une déclaration plus explicite.

[55] Le pouvoir des cours d’imposer des restrictions procédurales à la filière législative a été analysé dans le contexte de la Charte dans l’arrêt *Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, 2007 CSC 27, [2007] 2 R.C.S. 391 (*Health Services*). Dans cette affaire, les travailleurs de la santé attaquaient une loi qui avait pour

of their collective agreements without consulting their unions, on the basis that it violated their collective bargaining rights under paragraph 2(d) 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 majority found that paragraph 2(d) protected the procedural right to collective bargaining and that the legislation substantially interfered with that right, but took care to note the following:

Legislators are not bound to consult with affected parties before passing legislation. On the other hand, it may be useful to consider, in the course of the s. 1 justification analysis, whether the government considered other options or engaged consultation with the affected parties, in choosing to adopt its preferred approach.

*Health Services*, at paragraph 157. See also, in a similar collective bargaining setting, *Meredith v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 2, [2015] 1 S.C.R. 125, at paragraph 45.

[56] In other words, there is no free-standing right to be consulted on legislation that may affect one's Charter rights, but that legislation might be harder for the government to justify under section 1 in the absence of consultation. This approach mirrors the development in Aboriginal Law of the duty to consult, as previously discussed in relation to *Sparrow*.

[57] Justice Hughes properly distilled in his reasons the consequences flowing from the separation of powers principle. After quoting extensively from the Supreme Court in *Criminal Lawyers' Association* (at paragraph 23) and *re Canada Assistance Plan* (at paragraphs 26 and 27), and stating that "respect for the principle of separation of powers ensures the preservation of the integrity of Canada's constitutional order" (reasons for judgment, at paragraph 24), he found that the ministers were acting in their legislative capacity when they made a set of policy choices that led them to create a legislative proposal for Cabinet that led to the formulation and introduction of the omnibus bills in Parliament (reasons for judgment, at paragraph 66). He

effet d'invalider certaines clauses de leurs conventions collectives sans consultation des syndicats, au motif qu'elle violait le droit à la négociation collective qu'ils tirent de l'alinéa 2d) 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]. Les juges majoritaires, concluant que l'alinéa 2d) protège le droit procédural à la négociation collective et que la loi portait une atteinte considérable à ce droit, prennent la peine de faire la remarque suivante :

Le législateur n'est pas tenu de consulter les parties visées avant d'adopter une mesure législative. Par contre, il peut être utile de se demander, dans le cadre de l'analyse de la justification fondée sur l'article premier, si le gouvernement a envisagé d'autres solutions ou consulté les parties visées, en choisissant d'adopter la méthode qu'il privilégiait.

*Health Services*, au paragraphe 157. Voir aussi une affaire semblable en matière de négociations collectives, *Meredith c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 2, [2015] 1 R.C.S. 125, au paragraphe 45.

[56] Autrement dit, il n'existe pas de droit distinct d'être consulté au sujet de lois susceptibles d'enfreindre des droits garantis par la Charte, mais cette loi pourrait être plus difficile à justifier au regard de l'article premier en l'absence de consultation. Cette démarche va dans le même sens que l'obligation de consulter qui a été élaborée en droit autochtone, comme nous l'avons vu précédemment dans notre discussion de l'arrêt *Sparrow*.

[57] Le juge Hughes a distillé dans ses motifs les conséquences découlant du principe de la séparation des pouvoirs. Après avoir cité de larges extraits de l'arrêt *Criminal Lawyers' Association* de la Cour suprême (au paragraphe 23) et du *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada* (aux paragraphes 26 et 27), il affirme que « le principe de la séparation des pouvoirs permet de préserver l'intégrité de l'ordre constitutionnel du Canada » (motifs du jugement, au paragraphe 24). Il conclut que les ministres agissaient en leur capacité législative lorsqu'ils ont fait des choix stratégiques qui les ont amenés à formuler une proposition législative au Cabinet, qui a entraîné la rédaction des projets de loi omnibus et leur dépôt au Parlement (motifs du jugement,

also emphatically stated that “a restraint on the Executive’s policy choice to formulate and introduce a bill into Parliament is a restraint on the sovereignty of Parliament itself” (reasons for judgment, at paragraph 65).

[58] Having concluded that the duty to consult cannot trigger judicial intervention before a bill is introduced into Parliament, the Judge then proceeded to issue a declaration requiring the Crown to consult upon introduction of the bills in Parliament. This is based on his assumption “that the steps that Cabinet Ministers undertake during the law-making process prior to introducing a bill into Parliament do indeed constitute Crown conduct that can give rise to the duty to consult” (reasons for judgment, at paragraph 84). Having found that the bills in question triggered the duty to consult because they had the potential to harm fishing and trapping rights protected by Treaty No. 8, he therefore inferred that notice should have been given to the Mikisew Cree in respect of those provisions that might have reasonably been expected to impact their rights, together with an opportunity to make submissions, upon the introduction of each omnibus bill into Parliament.

[59] With all due respect, the Judge erred by issuing that declaration. Not only is it inconsistent with his previous findings that courts shall not intervene in the law-making process as it would be an undue interference with Parliament’s process and sovereignty, but it also fails to recognize that no court has ever claimed jurisdiction over the introduction of legislation in Parliament. If there is one principle that is beyond any doubt, it is that courts will not supervise the legislative process and will provide no relief until a bill has been enacted (see, for example, *Beauchamp v. Canada (Attorney General)*, 2009 FC 350, 189 C.R.R. (2d) 269, at paragraph 19; *Canada (Attorney General) v. Campbell*, 1999 CanLII 6139, 4 B.C.T.C. 110 (B.C.S.C.), at paragraphs 28 and 29; *Chief Mountain v. Canada*, 2000 BCCA 260, at paragraphs 5–9). This principle has recently been most forcefully reiterated by Rennie J. (as he then was) in *Galati v. Canada (Governor General)*, 2015 FC 91,

au paragraphe 66). Il déclare catégoriquement qu’ « une restriction imposée au choix de politique que fait l’exécutif de rédiger [...] un projet de loi et de le déposer au Parlement est une restriction imposée à la souveraineté du Parlement même » (motifs du jugement, au paragraphe 65).

[58] Ayant conclu que l’obligation de consulter ne peut justifier l’intervention du judiciaire avant le dépôt d’un projet de loi au Parlement, le juge a rendu ensuite un jugement déclarant que la Couronne avait l’obligation de consulter à l’époque du dépôt des projets de loi au Parlement. Cet argument est fondé sur son hypothèse « que les mesures que prennent les ministres du Cabinet lors du processus législatif qui précède le dépôt d’un projet de loi au Parlement constituent effectivement une mesure de la Couronne qui donne naissance à l’obligation de consultation » (motifs du jugement, au paragraphe 84). Ayant conclu que les projets de loi en question avaient fait jouer l’obligation de consultation parce qu’ils étaient susceptibles de porter atteinte aux droits de pêche et de piégeage protégés par le Traité n° 8, il en déduit que la Première nation crie Mikisew aurait dû être avisée des dispositions dont on aurait pu raisonnablement s’attendre qu’elles aient des incidences sur ses droits, et avoir la possibilité de présenter des observations, au moment du dépôt de chaque projet de loi omnibus au Parlement.

[59] Soit dit en tout respect, le juge a commis une erreur en rendant ce jugement déclaratoire. Non seulement il est incompatible avec ses conclusions antérieures selon lesquelles le judiciaire ne doit pas intervenir dans la filière législative, car il s’agirait d’une immixtion indue dans les travaux et la souveraineté du Parlement, mais il ne tient pas compte du fait qu’aucun tribunal ne s’est jamais dit compétent à l’égard du dépôt d’un projet de loi au Parlement. S’il est un principe qui ne fait aucun doute, c’est que les cours de justice ne sauraient superviser le processus législatif et ordonner une réparation tant qu’un projet de loi n’aura pas été adopté (voir, par exemple, *Beauchamp c. Canada (Procureur général)*, 2009 CF 350, au paragraphe 19; *Canada (Attorney General) v. Campbell*, 1999 CanLII 6139, 4 B.C.T.C. 110 (C.S. C.-B.), aux paragraphes 28 et 29; *Chief Mountain v. Canada*, 2000 BCCA 260, aux paragraphes 5 à 9). Ce principe a récemment été clairement réitéré

[2015] 4 F.C.R. 3. Asked to set aside the decision of the Governor General to grant royal assent to a bill, he wrote (at paragraphs 34–36):

The courts cannot intervene in the legislative process. The Supreme Court of Canada explained in *Re: Resolution to Amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at page 785, that courts “come into the picture when legislation is enacted and not before (unless references are made to them for their opinion on a bill or a proposed enactment).” Courts respect the right of Parliament to exercise unfettered freedom in the formulation, tabling, amendment, and passage of legislation.

The courts exercise a supervisory jurisdiction once a law has been enacted. Until that time, a court cannot review, enjoin or otherwise engage in the legislative process unless asked by way of a reference framed under the relevant legislation. To conclude otherwise would blur the boundaries that necessarily separate the functions and roles of the legislature and the courts....

.... If the decision to grant royal assent was justiciable so too would the decision to introduce legislation, to introduce a bill in the Senate as opposed to the House, or to invoke closure. No principled line would limit the reach of judicial scrutiny into the legislative process....

[60] I am therefore of the view, for all the foregoing reasons, that the legislative process, from its very inception where policy options are discussed and developed to the actual enactment of a bill following its adoption by both Houses and the granting of royal assent by the Governor General, is a matter solely within the purview of Parliament. Imposing a duty to consult at any stage of the process, as a legal requirement, would not only be impractical and cumbersome and potentially grind the legislative process to a halt, but would also fetter ministers and other members of Parliament in their law-making capacity. As Justice Hughes astutely observed, “intervention into the law-making process would constitute undue judicial interference on Parliament’s law-making function, thus compromising

par le juge Rennie (tel était alors son titre) dans la décision *Galati c. Canada (Gouverneur général)*, 2015 CF 91, [2015] 4 R.C.F. 3. Appelé à décider d’annuler ou non la décision du gouverneur général d’octroyer la sanction royale à un projet de loi, il observe (aux paragraphes 34 à 36) :

Les tribunaux ne peuvent pas intervenir dans le processus législatif. Dans le *Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la page 785, la Cour suprême du Canada explique que les tribunaux « interviennent quand une loi est adoptée et non avant (à moins qu’on ne leur demande leur avis sur un projet de loi par renvoi) ». Les tribunaux respectent le droit du Parlement d’exercer une liberté absolue pour ce qui est de la formulation, du dépôt, de la modification et de l’adoption d’une loi.

Les tribunaux exercent un pouvoir de surveillance une fois qu’une loi a été adoptée. Mais avant ce moment-là, un tribunal ne peut pas soumettre le processus législatif à un contrôle ou s’y immiscer, sauf si on lui en fait la demande par un renvoi formulé conformément à la loi pertinente. Conclure le contraire brouillerait les limites qui séparent obligatoirement les fonctions et les rôles du pouvoir législatif et des tribunaux [...]

[...] Si la décision d’octroyer la sanction royale était justiciable, il en serait également de même de la décision de présenter une loi, de déposer un projet de loi au Sénat plutôt qu’à la Chambre, ou d’invoquer la clôture. Aucune limite fondée sur des principes ne limiterait la portée d’un examen judiciaire sur le processus législatif [...]

[60] Je suis donc d’avis, pour les motifs qui précèdent, que la filière législative — et ce dès le début, de l’analyse des possibilités d’action à l’édiction d’une loi à la suite de son adoption par les deux chambres et l’octroi de la sanction royale par le gouverneur général — ressortit entièrement au Parlement. L’imposition, à quelque étape du processus que ce soit, de l’obligation de consulter comme condition à toute loi non seulement se révélerait peu pratique et lourde et risquerait de paralyser la filière législative, mais entraverait également les ministres et d’autres parlementaires dans leur capacité législative. Ainsi que le juge Hughes le fait judicieusement observer, « une intervention dans le processus législatif serait une ingérence judiciaire indue dans la fonction législative du Parlement, ce qui compromettrait

the sovereignty of Parliament” (reasons for judgment, at paragraph 71).

[61] This does not leave the respondent and other First Nations without any recourse. First, ministers are free to consult, and it is good politics to engage stakeholders such as Aboriginal groups on legislative initiatives which may affect them or regarding which they have a keen interest, before introducing legislation into Parliament. Indeed, the Government of Canada (as well as most provinces) has developed the *Aboriginal Consultation and Accommodation: Updated Guidelines for Federal Officials to Fulfill the Duty to Consult* (March 2011), a consultative process which is to be followed by federal departments in their dealings with Aboriginal communities. This document [at page 11] refers to changes “in regulation or policy that may restrict land use” as a form of governmental conduct which may call for consultation.

[62] Moreover, it is open to First Nations and band representatives to lobby government officials and members of Parliament to ensure that their interests and grievances are taken into account. They may also seek to be heard before parliamentary committees once a bill is introduced in the House of Commons or the Senate. While these various forums may not be sufficient to meet the obligations deriving from the duty to consult, they can, at the very least, serve to alert parliamentarians and inform the public of any objections a group may have with a proposed course of legislative action. Voicing concerns in such a way may lead to amendments being adopted within the various stages of review of a bill which occur before a statute has been formally enacted.

[63] Of course, consultation and accommodation may be necessary in carrying out a statutory regime. It is at that stage that strategic planning decisions are made

donc sa souveraineté » (motifs du jugement, au paragraphe 71).

[61] L’intimé et d’autres Premières Nations ne sont pas dépourvus de recours pour autant. Premièrement, les ministres sont libres de procéder à des consultations, et il est bon sur le plan politique de discuter avec les acteurs du domaine, comme les groupes autochtones, des initiatives législatives susceptibles d’avoir une incidence sur eux ou qui les intéressent particulièrement, avant de déposer un projet de loi au Parlement. En effet, le gouvernement du Canada a élaboré un document intitulé *Consultation et accommodement des Autochtones : Lignes directrices actualisées à l’intention des fonctionnaires fédéraux pour respecter l’obligation de consulter* (mars 2011), un processus de consultation qui doit être suivi par les ministères fédéraux dans leurs rapports avec les communautés autochtones. La plupart des provinces ont créé un outil semblable. Ce document mentionne [à la page 11] les changements « apportés à des règlements ou à des politiques susceptibles de limiter l’utilisation des terres » comme exemple de mesure gouvernementale pouvant exiger la tenue de consultations.

[62] De plus, il est loisible aux Premières Nations et aux représentants des bandes de faire du lobbying auprès des fonctionnaires et des députés pour veiller à ce que leurs intérêts et leurs griefs soient pris en compte. Ils peuvent également demander une audience devant un comité parlementaire une fois qu’un projet de loi est déposé à la Chambre des communes ou au Sénat. Bien que ces divers forums puissent ne pas suffire à satisfaire aux obligations qui découlent de l’obligation de consulter, ils peuvent, à tout le moins, servir à alerter les parlementaires et à informer le public de toute objection d’un groupe à propos d’une mesure législative envisagée. Si des préoccupations sont exprimées de cette manière, il se peut que des amendements puissent être apportés au cours des travaux législatifs avant l’édiction de la loi.

[63] Évidemment, des consultations et des mesures d’accommodement pourraient se révéler nécessaires dans l’exécution d’un régime législatif. C’est à cette

which may adversely impact asserted treaty or Aboriginal rights. To the extent that the impugned decisions directly derive from the policy choices embedded in a statute, the validity of such a statute may be called into question and consultation prior to the adoption of that statute will be a key factor in determining whether the infringement of an Aboriginal or treaty right is justified. But courts cannot and should not intervene before a statute is actually adopted. To come to the opposite conclusion would stifle parliamentary sovereignty and would cause undue delay in the legislative process. This is the very vehicle through which many reform initiatives, including those necessary for the proper development and recognition of Aboriginal rights and interests, are adopted.

#### V. Conclusion

[64] For all of the foregoing reasons, I am therefore of the view that the appeal should be granted and that the declaration made by the Federal Court should be struck, with costs in the Federal Court and in this Court. As a result, the cross-appeal should also be dismissed without costs.

W. WEBB J.A.: I agree.

\*\*\*

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

[65] PELLETIER J.A. (concurring reasons): I come to the same conclusion as my colleague but for different reasons.

[66] The Attorney General objects to the Mikisew Cree First Nation's (the Mikisew Cree) proceeding on the ground that it does not meet the procedural constraints imposed by sections 2, 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, specifically that it does not challenge a decision of a federal board, commission or tribunal. She also argues that the relief sought by the

étape que des décisions d'orientation stratégique pourraient être prises et avoir un effet préjudiciable sur les droits ancestraux ou issus de traités revendiqués. Si les décisions contestées découlent directement des choix politiques qui sous-tendent la loi, la validité de cette dernière peut être remise en question. Dans ce cas, la tenue de consultations avant son adoption constituera un facteur clé dans l'analyse servant à décider si la violation d'un droit ancestral ou issu d'un traité est justifiée. Or, les tribunaux ne peuvent pas et ne doivent pas intervenir avant que la mesure législative soit effectivement adoptée. Conclure le contraire aurait pour effet d'entraver la souveraineté du Parlement et d'entraîner un retard indu dans la filière législative. C'est par le truchement de ce véhicule que de nombreuses initiatives de réforme, y compris celles qui sont nécessaires pour la définition et la reconnaissance de droits et intérêts ancestraux, sont adoptées.

#### V. Conclusion

[64] Pour les motifs qui précèdent, je suis donc d'avis que l'appel devrait être accueilli et que la déclaration faite par la Cour fédérale devrait être radiée, le tout avec dépens devant la Cour fédérale et devant notre Cour. Par conséquent, l'appel incident devrait également être rejeté, et ce sans dépens.

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

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

[65] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. (motifs concordants) : J'arrive à la même conclusion que mon collègue, mais pour des motifs différents.

[66] Le procureur général s'oppose à la demande présentée par la Première nation crie Mikisew (la Première nation crie Mikisew) au motif qu'elle ne satisfait pas aux exigences procédurales prévues par les articles 2, 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, à savoir qu'elle ne conteste pas la décision d'un office fédéral. Le procureur général soutient également que la

Mikisew Cree amounts to an impermissible encroachment on Parliament's right to legislate as it sees fit, without any procedural constraints other than those specifically provided for in the Constitution. The Attorney General therefore asks that her appeal be allowed and that the Mikisew Cree's notice of application be dismissed with costs.

[67] The Mikisew Cree take issue with the Attorney General's characterization of their proceeding. They say that they are simply seeking a declaration that the Ministers and public officials who prepared the policy statements which were put before the Cabinet as a basis for the environmental legislation contained in Bills C-38 and C-45 had a duty to consult with them in the process of elaborating the policy positions which ultimately became the basis for the amended environmental legislation. They ask that the Federal Court's decision be set aside and that their claim for relief should be allowed in full.

[68] I would allow the appeal, set aside the decision of the Federal Court and dismiss the Mikisew Cree's notice of application with costs in the Federal Court and one set of costs in this Court. As a result, I would also dismiss the cross-appeal.

[69] For ease of reference, I will refer to the amendments to environmental legislation which the Mikisew Cree say triggered the Crown's duty to consult them as the Amendments. More specifically, the Amendments refer to amendments to the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, the *Navigable Waters Protection Act* (renamed the *Navigation Protection Act*), R.S.C., 1985, c. N-22 and to the repeal of the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 and the enactment of the *Canadian Environmental Assessment Act, 2012*, S.C. 2012, c. 19, s. 52.

[70] The Attorney General's argument with respect to section 18 depends upon her view that the Mikisew Cree

réparation sollicitée par la Première nation crie Mikisew équivaut à une atteinte inadmissible au droit du Parlement de légiférer comme bon lui semble sans contraintes procédurales autres que celles qui sont expressément prévues par la Constitution. Le procureur général voudrait que son appel soit accueilli et que la demande de la Première nation crie Mikisew soit rejetée avec dépens.

[67] La Première nation crie Mikisew n'est pas d'accord sur la caractérisation par le procureur général de sa demande. Elle dit vouloir simplement obtenir un jugement déclaratoire portant que les ministres et fonctionnaires qui ont préparé les énoncés de politique présentés au Cabinet et ayant fondé les mesures législatives de nature environnementale contenues dans les projets de loi C-38 et C-45 avaient l'obligation de la consulter au moment d'arrêter les objets stratégiques qui ont mené à la modification de la législation environnementale. Elle voudrait que la décision de la Cour fédérale soit annulée et que sa demande de réparation soit accueillie intégralement.

[68] J'accueillerais l'appel, j'annulerais la décision de la Cour fédérale et je rejetterais la demande présentée par la Première nation crie Mikisew avec dépens devant la Cour fédérale et un seul mémoire de frais devant notre Cour. En conséquence, je rejetterais également l'appel incident.

[69] Par souci de commodité, je désignerai par le terme « modifications » les modifications apportées à la législation environnementale qui, selon la Première nation crie Mikisew, auraient fait jouer l'obligation de consulter de la Couronne. Plus précisément, les modifications renvoient à celles apportées à la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, à la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, à la *Loi sur la protection des eaux navigables* (renommée la *Loi sur la protection de la navigation*), L.R.C. (1985), ch. N-22, à l'abrogation de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 et à l'adoption de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (2012)*, L.C. 2012, ch. 19, art. 52.

[70] L'argument du procureur général en ce qui a trait à l'article 18 découle de son avis selon lequel la Première

have drawn an invalid distinction between the executive portion of the legislative process and the purely legislative part of that process. The Attorney General's position is that the legislative process is indivisible, relying upon jurisprudence such as *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 (*Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*), at paragraph 63. The Attorney General concludes from this that every step that precedes the introduction of a bill into Parliament is an aspect of the Parliamentary process and as such is immune to challenge pursuant to section 18 of the *Federal Courts Act* because Parliament is specifically excluded from the definition of a "federal board, commission or other tribunal" in section 2 of the *Federal Courts Act*.

[71] In my view, even if the Mikisew Cree's notice of application fails as an application for judicial review, it is nonetheless justiciable as a claim for relief against the Crown pursuant to section 17 of the *Federal Courts Act*, even though it may be procedurally flawed. This is because of the nature of the relief sought by the Mikisew Cree.

[72] At this point, it is useful to refer to the prayer for relief in the Mikisew Cree's notice of application.

The Applicant makes application for:

1. A declaration that all or certain of the Ministers have a duty to consult with Mikisew Cree First Nation regarding the development of environmental policies described in detail below:
2. A declaration that all or certain of the Ministers had and continue to have a duty to consult with Mikisew Cree First Nation regarding the development and introduction of Bill C-38 and Bill C-45, to the extent that the legislation addressed or implemented the environmental policies;
3. A declaration that all or certain of the Ministers breached and continue to breach their duty to consult Mikisew Cree First Nation regarding the federal

nation crie Mikisew a établi une distinction insoutenable au sein de la filière législative entre les tâches d'ordre exécutif et celles d'ordre purement législatif. La thèse du procureur général est que le processus législatif est indivisible. Elle s'appuie sur la jurisprudence, comme le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, [1991] 2 R.C.S. 525 (*Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*), au paragraphe 63. Le procureur général en conclut que chaque étape qui précède le dépôt d'un projet de loi au Parlement représente un aspect du processus parlementaire et, à ce titre, est à l'abri d'une contestation fondée sur l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* parce que le législateur fédéral est expressément exclu de la définition de ce qui constitue un « office fédéral », prévue à l'article 2 de cette loi.

[71] Selon moi, l'avis de demande présenté par la Première nation crie Mikisew ne saurait aboutir à un contrôle judiciaire, mais il peut appeler l'intervention judiciaire, comme demande de réparation contre la Couronne, en vertu de l'article 17 de la *Loi sur les Cours fédérales*, même s'il peut être entaché d'un vice de procédure. Et ce, en raison de la nature de la réparation demandée par la Première nation crie Mikisew.

[72] À ce stade, il est utile de se référer à la demande de réparation formulée dans l'avis de demande déposé par la Première nation crie Mikisew.

[TRADUCTION] Le demandeur cherche à obtenir :

1. Un jugement déclaratoire portant que tous les ministres, ou certains d'entre eux, ont l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'établissement de politiques environnementales décrites en détail plus loin :
2. Un jugement déclaratoire portant que tous les ministres, ou certains d'entre eux, avaient et continuent d'avoir l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet de l'élaboration et du dépôt des projets de loi C-38 et C-45, dans la mesure où la mesure législative porte sur des politiques environnementales ou les met en œuvre;
3. Un jugement déclaratoire portant que tous les ministres, ou certains d'entre eux, ont manqué et continuent de manquer à leur obligation de consulter

environmental policies, including Bill C-38 and Bill C-45;

4. A declaration that the Ministers and the Governor in Council are required to consult with Mikisew Cree First Nation regarding the matters set out above to ensure that the Government of Canada (“Canada”) implements whatever measures are necessary for it to fulfill its obligations under Treaty 8;
5. An order that the Ministers not take any further steps or action that would reduce, remove, or limit Canada’s role in any environmental assessment that is being carried out, or that may be carried out in the future, in Mikisew Cree First Nation’s traditional territory until adequate consultation is complete;
6. Such directions as may be necessary to make this order effective;
7. An order that any party may apply to the Court for further directions with respect to the conduct of the consultation as may be necessary;

[73] The relief sought is primarily declaratory with ancillary orders in support of the declarations. The order sought at paragraph 5 of the prayer for relief could be characterized as injunctive relief but the drafters of the application chose not to do so. Declaration and judicial review are not coterminous. As this Court said in *Ward v. Samson Cree Nation No. 444*, 1999 CanLII 8641, 247 N.R. 254 (F.C.A.), at paragraphs 35 and 36:

.... Actions for declarations of right have been recognized in the law long before the notion of judicial review of administrative action was ever conceived. To contend, as the appellants do, that whenever a party seeks a declaration, that party is seeking judicial review, is to place a limitation on the jurisdiction of this Court that is not only unwarranted, but is wrong in law.

Rule 64 of the *Federal Court Rules 1998*, clearly recognizes the jurisdiction of this Court to grant a declaration of right *simpliciter*. That Rule reads:

la Première nation crie Mikisew au sujet des politiques environnementales fédérales, y compris les projets de loi C-38 et C-45;

4. Un jugement déclaratoire portant que les ministres et le gouverneur en conseil sont tenus de consulter la Première nation crie Mikisew au sujet des questions énoncées ci-dessus pour veiller à ce que le gouvernement du Canada (le « Canada ») prenne les mesures nécessaires pour s’acquitter des obligations que lui impose le Traité n° 8;
5. Une ordonnance interdisant aux ministres de prendre d’autres mesures ou actions qui auraient pour effet de réduire, de supprimer ou de restreindre le rôle du Canada dans toute évaluation environnementale actuelle ou future dans le territoire traditionnel de la Première nation crie Mikisew jusqu’à la tenue d’une consultation adéquate;
6. Les directives nécessaires pour l’exécution de l’ordonnance;
7. Une ordonnance permettant à toute partie de demander à la Cour des directives supplémentaires au sujet du déroulement de la consultation au besoin;

[73] La réparation demandée consiste principalement en jugements déclaratoires et ordonnances accessoires au soutien des jugements déclaratoires. L’ordonnance sollicitée au paragraphe 5 de la demande de réparation pourrait être qualifiée d’injonction, mais les rédacteurs de la demande n’ont pas employé ce terme. Jugement déclaratoire et contrôle judiciaire ne sont pas synonymes. Comme la Cour le dit dans l’arrêt *Ward c. Samson Cree Nation No. 444*, 1999 CanLII 8641 (C.A.F.), aux paragraphes 35 et 36 :

[...] Les actions demandant des déclarations de droit existent dans notre droit depuis bien longtemps avant que l’on invente le concept du contrôle judiciaire des décisions administratives. Prétendre, comme le font les appelants, qu’une partie qui demande une déclaration vise un contrôle judiciaire équivaut à limiter la compétence de cette Cour de façon non seulement inacceptable, mais erronée en droit.

La règle 64 des *Règles de la Cour fédérale de 1998* fait clairement état de la compétence de cette Cour d’accorder une déclaration de droit *simpliciter*. Cette règle est rédigée ainsi :

64. No proceeding is subject to challenge on the ground that only a declaratory order is sought, and the Court may make a binding declaration of right in a proceeding whether or not any consequential relief is or can be claimed.

Il ne peut être fait opposition à une instance au motif qu'elle ne vise que l'obtention d'un jugement déclaratoire, et la Cour peut faire des déclarations de droit qui lient les parties à l'instance, qu'une réparation soit ou puisse être demandée ou non en conséquence.

64. Il ne peut être fait opposition à une instance au motif qu'elle ne vise que l'obtention d'un jugement déclaratoire, et la Cour peut faire des déclarations de droit qui lient les parties à l'instance, qu'une réparation soit ou puisse être demandée ou non en conséquence.

No proceeding is subject to challenge on the ground that only a declaratory order is sought, and the Court may make a binding declaration of right in a proceeding whether or not any consequential relief is or can be claimed.

[74] A declaration can be obtained by application or by action. One example among many of an action seeking a declaration in the Aboriginal Law context is *Daniels v. Canada (Indian Affairs and Northern Development)*, 2013 FC 6, [2013] 2 F.C.R. 268, where a group of Métis brought an action seeking a declaration confirming their status as Indians, within the meaning of subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, as well as declarations confirming the Crown's fiduciary obligations to them and their right to be consulted about decisions affecting their rights and interests as an Aboriginal people. The action was not challenged on procedural grounds, nor could it have been.

[74] Un jugement déclaratoire peut être obtenu par voie de demande ou d'action. La décision *Daniels c. Canada (Affaires Indiennes et du Nord canadien)*, 2013 CF 6, [2013] 2 R.C.F. 268, donne un exemple d'une action en jugement déclaratoire dans le contexte du droit autochtone. Dans cette affaire, un groupe de Métis avait intenté une action pour obtenir des jugements déclaratoires confirmant leur qualité d'Indiens au sens du paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, confirmant les obligations fiduciaires de la Couronne à leur égard et leur droit d'être consulté au sujet de décisions touchant leurs droits et intérêts à titre de peuple autochtone. L'action n'a pas été contestée pour des motifs d'ordre procédural. Elle n'aurait pas pu l'être non plus.

[75] If a declaration can be obtained in an action as well as in an application, then the fact that a declaration is sought in an application (as opposed to an action) against someone other than a federal board, commission or tribunal does not doom it to failure. While such a proceeding may not be an application for judicial review—it does not challenge the exercise of executive power derived from Crown prerogative or an Act of Parliament—it may nonetheless seek a remedy which the Federal Court has the power to grant under section 17 rather than section 18 of the *Federal Courts Act*.

[75] Si un jugement déclaratoire peut être obtenu à l'issue tant d'une action que d'une demande, le fait qu'un jugement déclaratoire soit sollicité par voie de demande (et non par voie d'action) à l'encontre d'une personne autre qu'un office fédéral ne voue pas la demande à l'échec. S'il ne s'agit pas d'une demande de contrôle judiciaire — l'exercice du pouvoir exécutif découlant de la prérogative royale ou d'une loi fédérale n'étant pas contesté —, l'acte introductif d'instance peut néanmoins demander une réparation que la Cour fédérale a le pouvoir d'accorder, et ce en vertu de l'article 17 plutôt que l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*.

[76] This can be seen when one examines relevant portions of sections 17, 18 and 18.1:

[76] C'est ce qui ressort des passages pertinents des articles 17, 18 et 18.1 :

#### Relief against the Crown

**17 (1)** Except as otherwise provided in this Act or any other Act of Parliament, the Federal Court has concurrent

#### Réparation contre la Couronne

**17 (1)** Sauf disposition contraire de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, la Cour fédérale a compétence

original jurisdiction in all cases in which relief is claimed against the Crown.

...

#### Extraordinary remedies, federal tribunals

**18 (1)** Subject to section 28, the Federal Court has exclusive original jurisdiction

(a) to issue an injunction, writ of *certiorari*, writ of prohibition, writ of *mandamus* or writ of *quo warranto*, or grant declaratory relief, against any federal board, commission or other tribunal; and

(b) to hear and determine any application or other proceeding for relief in the nature of relief contemplated by paragraph (a), including any proceeding brought against the Attorney General of Canada, to obtain relief against a federal board, commission or other tribunal.

...

#### Remedies to be obtained on application

(3) The remedies provided for in subsections (1) and (2) may be obtained only on an application for judicial review made under section 18.1.

#### Application for judicial review

**18.1 (1)** An application for judicial review may be made by the Attorney General of Canada or by anyone directly affected by the matter in respect of which relief is sought.

[77] It may be that relief in the nature of a writ *certiorari*, a writ of prohibition, a writ of *mandamus* or writ of *quo warranto* does not lie against anyone other than a federal board, commission or tribunal so that a proceeding which seeks that relief against anyone else cannot succeed. But because declaration (and injunction) is available by way of action against the Crown, the characterization of the respondent as a federal board, commission or tribunal is not critical to the success or failure of a proceeding seeking a declaration.

[78] Section 18 does not constrain the jurisdiction of the Federal Courts granted by section 17. Rather, section 18 is a constraint on the jurisdiction of the provincial superior courts: *Canada (Attorney General) v. TeleZone*

concurrente, en première instance, dans les cas de demande de réparation contre la Couronne.

[...]

#### Recours extraordinaires : offices fédéraux

**18 (1)** Sous réserve de l'article 28, la Cour fédérale a compétence exclusive, en première instance, pour :

a) décerner une injonction, un bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto*, ou pour rendre un jugement déclaratoire contre tout office fédéral;

b) connaître de toute demande de réparation de la nature visée par l'alinéa a), et notamment de toute procédure engagée contre le procureur général du Canada afin d'obtenir réparation de la part d'un office fédéral.

[...]

#### Exercice des recours

(3) Les recours prévus aux paragraphes (1) ou (2) sont exercés par présentation d'une demande de contrôle judiciaire.

#### Demande de contrôle judiciaire

**18.1 (1)** Une demande contrôle judiciaire peut être présentée par le procureur général du Canada ou par quiconque est directement touché par l'objet de la demande.

[77] Il se peut qu'une réparation de la nature d'un bref de *certiorari*, de prohibition, de *mandamus* ou de *quo warranto* ne puisse être ordonnée qu'à l'encontre d'un office fédéral, de sorte qu'une demande qui sollicite cette mesure de redressement contre quelqu'un d'autre sera vouée à l'échec. Mais parce que le jugement déclaratoire (et l'injonction) peut être rendu à l'issue d'une action contre la Couronne, la question de savoir si le défendeur est un office fédéral ou non n'est pas cruciale pour l'instance visant à obtenir un jugement déclaratoire.

[78] L'article 18 ne limite pas la compétence que l'article 17 confère aux cours fédérales, mais limite plutôt celle des cours supérieures provinciales (*Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62,

*Inc.*, 2010 SCC 62, [2010] 3 S.C.R. 585, at paragraph 5. Combined with section 18.1, it restricts the availability of certain remedies against federal boards, commissions and tribunals to applications to the Federal Court for judicial review. Though declarations are listed as one of the types of relief, section 18 does not restrict the availability of declaratory relief in proceedings other than judicial review of federal boards, commissions and tribunals.

[79] It may be that the Mikisew Cree’s proceeding was not properly commenced as an application but rule 57 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 provides that “[a]n originating document shall not be set aside only on the ground that a different originating document should have been used.” The result is an irregularity which could have been corrected at an earlier point in these proceedings pursuant to rules 56 and 58–60. While it remains a procedural irregularity, it is not determinative of the outcome.

[80] On the other hand, if I were to accept the Mikisew Cree’s characterization of the actions taken by public servants and Ministers leading up to the introduction of a bill (what the Mikisew Cree refer to as steps 1 to 3 in the process) as actions in their roles as members of the Executive, then the federal board, commission or tribunal requirement in section 18 would be met. Whether these actions constitute an identifiable “decision” is not a bar to judicial review. In *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476 (C.A.) (*Krause*), this Court held that the exercise of jurisdiction under section 18 does not depend upon the existence of a decision or order. The word “matter” in subsection 18.1(1) is wide enough to cover a variety of administrative actions: *Krause*, at paragraphs 21–24.

[81] This Court recently relied on *Krause* in *Air Canada v. Toronto Port Authority*, 2011 FCA 347, [2013] 3 F.C.R. 605, to the same effect.

[82] As a result, I do not believe that their application is doomed to fail as a result of what may be a simple procedural irregularity. In my view, this simply means

[2010] 3 R.C.S. 585, au paragraphe 5). Conjuguée à l’article 18.1, cette disposition limite les recours contre les offices fédéraux aux demandes de contrôle judiciaire interjetées à la Cour fédérale. Bien que le jugement déclaratoire y soit l’un des types de réparation mentionnés, l’article 18 ne limite pas la possibilité de l’obtenir à l’issue d’une instance autre que le contrôle judiciaire de la décision d’un office fédéral.

[79] Il se peut que l’instance intentée par la Première nation crie Mikisew n’ait pas été introduite par voie de demande, comme il se doit. Or, la règle 57 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [Règles], prévoit que la Cour « n’annule pas un acte introductif d’instance au seul motif que l’instance aurait dû être introduite par un autre acte introductif d’instance ». Il en résulte une irrégularité qui aurait pu être corrigée plus tôt dans le cadre de la présente instance en vertu des règles 56 et 58 à 60 des Règles. Bien que l’irrégularité demeure, elle n’est pas déterminante quant à l’issue de l’affaire.

[80] D’autre part, si je retenais l’argument de la Première nation crie Mikisew selon lequel les mesures prises par les fonctionnaires et les ministres avant le dépôt d’un projet de loi (qu’elle qualifie d’étapes 1 à 3) l’avaient été en leur qualité de membres de l’exécutif, il serait satisfait au critère de l’office fédéral prévu à l’article 18. Que ces mesures équivalent à une « décision » ou non ne constitue pas un critère déterminant pour la recevabilité de la demande de contrôle judiciaire. Dans l’arrêt *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.) (*Krause*), notre Cour a décidé que l’exercice du pouvoir discrétionnaire prévu à l’article 18 ne dépend pas de l’existence d’une décision ou d’une ordonnance. Le mot « objet » au paragraphe 18.1(1) est suffisamment large pour renvoyer à diverses mesures administratives (*Krause*, aux paragraphes 21 à 24).

[81] Notre Cour, appuyant son raisonnement sur l’arrêt *Krause*, est récemment arrivée à la même conclusion dans l’arrêt *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, [2013] 3 R.C.F. 605.

[82] Par conséquent, je ne crois pas que la présente demande est vouée à l’échec en raison de ce qui pourrait se révéler n’être qu’une simple irrégularité procédurale.

that the Mikisew Cree's entitlement to the declarations they seek must be decided on the merits.

[83] The Attorney General raised a second objection to the Mikisew Cree's application, saying that the relief they sought was barred by the doctrine of the separation of powers, recognized in cases such as *Ontario v. Criminal Lawyers' Association of Ontario*, 2013 SCC 43, [2013] 3 S.C.R. 3, at paragraphs 27–31. One of the incidents of this doctrine is that the courts cannot and will not interfere with the work of the federal and provincial legislatures. This principle has been articulated in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, at paragraphs 60–65, and in the other cases cited by my colleague. A further consequence of this doctrine is that courts will only “come into the picture” once the legislature's work has been done: *Re: Resolution to amend the Constitution*, [1981] 1 S.C.R. 753, at page 785.

[84] In my view, the argument as to separation of powers conflates two questions. Does the duty to consult arise? If it does arise, how is it to be given effect? If there is a right, it is not beyond the ingenuity of the Courts to craft an appropriate remedy.

[85] In drafting their application, the Mikisew Cree have been careful to limit the duty to consult to the policy development stage, asserting that this is a separate and distinct activity in the legislative process to which the duty to consult may apply. This was a carefully considered choice, one of the consequences of which is that the Mikisew Cree have not directly challenged the validity of the Amendments.

[86] While the Mikisew Cree did not dwell on the scope of the legislation under contemplation in the policy development process, it may be that their proposition looks rather different depending upon the scope of the legislation. A single purpose law which authorizes a particular project affecting a particular First Nation's interest in a specific territory may give rise to different considerations than a law of general application which

À mon avis, le droit de la Première nation crie Mikisew aux jugements déclaratoires qu'elle sollicite doit tout simplement être décidé sur le fond.

[83] Le procureur général a soulevé une deuxième objection à la demande interjetée par la Première nation crie Mikisew, estimant que la réparation demandée était exclue par l'application de la doctrine de la séparation des pouvoirs, reconnue notamment dans l'arrêt *Ontario c. Criminal Lawyers's Association of Ontario*, 2013 CSC 43, [2013] 3 R.C.S. 3, aux paragraphes 27 à 31. Il découle de cette doctrine que les tribunaux ne peuvent pas intervenir et n'interviennent pas dans les travaux des assemblées législatives, fédérale ou provinciales. Ce principe a été énoncé dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, aux paragraphes 60 à 65, et dans les autres affaires citées par mon collègue. Il découle aussi de cette doctrine que les tribunaux n'« interviennent » qu'une fois que le travail du législateur est achevé (*Renvoi : Résolution pour modifier la Constitution*, [1981] 1 R.C.S. 753, à la page 785).

[84] À mon avis, l'argument concernant la séparation des pouvoirs confond deux questions. Y a-t-il obligation de consulter? Si oui, comment doit-on y donner effet? Si l'existence du droit est reconnue, les tribunaux ont l'ingéniosité qu'il faut pour concevoir la réparation qui convient.

[85] Dans sa demande, la Première nation crie Mikisew a pris soin de limiter l'obligation de consultation à l'étape d'élaboration de politiques, affirmant qu'il s'agit d'une activité distincte dans la filière législative à laquelle l'obligation de consultation peut s'appliquer. Il s'agissait d'un choix mûrement réfléchi, dont il découle que la Première nation crie Mikisew n'a pas directement attaqué la validité des modifications.

[86] Bien que la Première nation crie Mikisew n'a pas insisté sur la portée de la législation en question au cours de son élaboration, il se peut que sa proposition est susceptible de différer grandement selon la portée de la mesure législative. Une loi ayant un objet unique qui autorise un projet donné touchant l'intérêt d'une Première Nation donnée sur un territoire donné peut entraîner des considérations différentes qu'une loi

affects the whole of Canada's territory and all of its occupants, albeit in varying degrees.

[87] Putting the matter another way, the duty to consult would undoubtedly be triggered by the executive's approval of a project which adversely affected a First Nation's interest in a given territory. Can it be said that the duty to consult would not be triggered if the same project were approved and set in motion in a special law passed for that purpose? While this is not the case we have to decide, it does highlight the point that the argument that the legislative process is indivisible, from policy development to vice-regal approval, may be problematic in other circumstances.

[88] In this case, we are faced with two omnibus bills which, upon being enacted, resulted in the Amendments which are in issue here. The legislative changes are of general application across Canada and affect all Canadians to a greater or lesser extent. The Attorney General conceded that the effect of these legislative changes upon the Mikisew Cree's territory was not speculative. These effects are not limited to the Mikisew Cree's territory and will undoubtedly affect other similarly situated Aboriginal groups.

[89] The Supreme Court has held that the duty to consult arises when Aboriginal peoples whose Aboriginal or treaty claims to the enjoyment or preservation of specific territories are threatened by action over which the Crown has a right of control, either directly or indirectly. At paragraph 46, my colleague sets out a number of such instances where the Crown's action was a "strategic, higher-level decision". In those cases, the honour of the Crown requires the Crown to consult with the affected Aboriginal group, to take their concerns into account and potentially to accommodate them when authorizing conduct which may impact upon their use and enjoyment of the territory in which they have an interest: *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511 (*Haida Nation*), at paragraphs 37 and 39.

d'application générale qui a une incidence sur l'ensemble du territoire du Canada et tous ses occupants à des degrés divers.

[87] Autrement dit, l'obligation de consulter interviendrait indubitablement dès l'approbation par le pouvoir exécutif d'un projet qui porte atteinte aux intérêts d'une première nation sur un territoire donné. Pourrait-on affirmer que l'obligation de consulter ne prendrait pas naissance si le même projet était approuvé et mis à exécution par le truchement d'une loi adoptée à cette fin? Certes, ce n'est pas la question à trancher, mais elle met en lumière l'aspect problématique, dans d'autres circonstances, de l'argument quant à la nature indivisible de la filière législative, de l'élaboration des politiques à l'approbation vice-royale.

[88] En l'espèce, deux projets de loi omnibus ont emporté les modifications en question. Les modifications législatives sont d'application générale partout au Canada et ont une incidence sur tous les Canadiens à des degrés divers. Le procureur général a admis que l'effet de ces modifications législatives sur le territoire de la Première nation crie Mikisew n'était pas conjectural. Ces effets ne se limitent toutefois pas au territoire de la Première nation crie Mikisew et auront sans aucun doute une incidence sur d'autres groupes autochtones semblables.

[89] Selon la Cour suprême, l'obligation de consulter prend naissance lorsque les revendications par les peuples autochtones de droits ancestraux ou issus de traités à la jouissance ou à la conservation de territoires précis sont menacées par des mesures à l'égard desquelles la Couronne peut exercer son autorité, directement ou indirectement. Au paragraphe 46, mon collègue énumère quelques cas où la mesure prise par la Couronne constituait une « décision stratégique prise en haut lieu ». Dans ces affaires, l'honneur de la Couronne oblige cette dernière à consulter les groupes autochtones concernés, à prendre leurs préoccupations en considération et s'il y a lieu, à prendre des mesures d'accommodement en autorisant des actes susceptibles d'influer sur l'usage et la jouissance du territoire à l'égard duquel ils ont un intérêt (*Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511 (*Nation haïda*), aux paragraphes 37 et 39).

[90] The Mikisew Cree seek to extend the duty to consult by invoking it in respect of changes to environmental legislation, changes whose application is not specific to them or to their territory. The impacts of the Amendments, while conceded to be non-speculative in the case of the Mikisew Cree, are of unknown severity and would likely vary in severity in relation to various similarly affected Aboriginal groups. Because of the non-specific nature of these changes, if the Crown owes the Mikisew a duty to consult them, then it also owes the same duty to an unknown number of other similarly situated Aboriginal groups, the content of that duty varying according to the extent of the impact of the Amendments on the territory over which they claim an interest: *Haida Nation*, at paragraphs 43–45.

[91] In these circumstances, I am of the view that the honour of the Crown vis-à-vis Aboriginal peoples was not engaged by the amendments because the duty to consult is not triggered by legislation of general application whose effects are not specific to particular Aboriginal peoples or to the territories in which they have or claim an interest. The origin and development of the duty to consult does not support the view that it requires the Crown to consult with Aboriginal peoples in cases where the governmental action is aimed at the whole of the territory of Canada and all of its peoples. In my view, the question of whether governmental action giving rise to the duty to consult includes legislative action, a question left open in *Rio Tinto Alcan Inc. v. Carrier Sekani Tribal Council*, 2010 SCC 43, [2010] 2 S.C.R. 650, at paragraph 44 must be answered in the negative insofar as the legislation in issue is of general application.

[92] The duty to consult cannot be conceived in such a way as to render effective government impossible. Imposing a duty to consult with all Aboriginal peoples over legislation of general application would severely hamper the ability of government to act in the interests of all Canadians, both Aboriginal and non-Aboriginal. Consultation takes time and the more groups there are to be consulted, the more complex and time-consuming the consultations. At some point the ability to govern in

[90] La Première nation crie Mikisew cherche à étendre l'obligation de consulter aux modifications apportées à la législation environnementale, modifications dont l'application ne vise pas seulement ses membres ou son territoire. Bien qu'on ait reconnu que les répercussions des modifications ne sont pas hypothétiques pour la Première nation crie Mikisew, on n'en connaît pas la gravité, qui est susceptible de varier d'un groupe autochtone touché à l'autre. Il découle de la nature générale de ces modifications que si la Couronne a l'obligation de consulter la Première nation crie Mikisew, elle a la même obligation envers d'innombrables groupes autochtones se trouvant dans une situation semblable, la teneur de cette obligation variant selon l'importance des répercussions sur le territoire visé par leurs revendications (*Nation haïda*, aux paragraphes 43 à 45).

[91] Dans ces circonstances, je suis d'avis que les modifications ne faisaient pas jouer le principe de l'honneur de la Couronne envers les peuples autochtones, car l'obligation de consulter ne peut découler d'une loi d'application générale dont les effets ne sont pas limités à certains peuples autochtones ou aux territoires sur lesquels ils ont ou revendiquent un droit. L'origine et l'évolution de l'obligation de consulter ne permettent pas d'affirmer que, pour s'en acquitter, la Couronne doit consulter les peuples autochtones dans les cas où la mesure gouvernementale vise l'ensemble du territoire du Canada et de ses habitants. À mon avis, la question de savoir si on peut assimiler une mesure législative à une mesure gouvernementale faisant jouer l'obligation de consulter, à laquelle n'avait pas répondu l'arrêt *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, au paragraphe 44, doit recevoir une réponse négative dans la mesure où la loi en question est d'application générale.

[92] L'obligation de consulter ne peut être interprétée de manière à empêcher l'action gouvernementale efficace. L'obligation de consulter tous les peuples autochtones au sujet d'une loi d'application générale compromettrait gravement la faculté de l'État d'agir dans l'intérêt de tous les Canadiens, autochtones ou pas. La consultation exige du temps, et plus il y a de groupes à consulter, plus les consultations seront complexes et longues. Il vient un point où la faculté de gouverner dans

the public interest can be overwhelmed by the need to take into account special interests.

[93] This Court has already recognized the need to be sensitive to the consequences of extending the duty to consult:

Taken to its extreme, the appellant’s position would require the Minister of Finance — before the annual budget speech in the House of Commons, on every measure in it that might possibly affect the investment and development climate — to consult with every First Nation, large or small, whose claimed lands might conceivably or imaginatively be affected, no matter how insignificantly. Such a tenuous triggering and aggressive application of the duty to consult would undercut one of its aims, namely respect for “countervailing Crown interests” — in this example, the Crown’s interest in workable governance.... [Citation omitted.]

*Hupacasath First Nation v. Canada (Foreign Affairs and International Trade Canada)*, 2015 FCA 4, 379 D.L.R. (4th) 737, at paragraph 120.

[94] In his text, *Revisiting The Duty to Consult Aboriginal Peoples* (Saskatoon: Purich Publishing, 2014), at page 64, Professor Newman urged caution in applying a duty to consult in an area which affects Aboriginal peoples even more directly than the legislation in issue here:

Moreover, the reform of any pieces of legislation having broad effects on Aboriginal communities, such as the *Indian Act* or such as any legislation related to Aboriginal education issues, could become even more hampered than at present if subject to the legal technicalities of the duty to consult. Quite simply, there are bound to be a variety of views in different Aboriginal communities, and the application of a technical legal doctrine concerning consultation at the very least complicates dramatically questions related to such legislative reform. Application of the duty to legislative action might seem like just a simple logical extension and a means of protecting Aboriginal communities, but there are some possible arguments that it would have negative effects on democracy generally and on legislative reform in the very areas where Aboriginal communities need reform. In my view,

l’intérêt public peut être paralysée par la nécessité de tenir compte d’intérêts spéciaux.

[93] Notre Cour a déjà reconnu qu’il ne faut pas négliger les conséquences que la décision d’augmenter la teneur de l’obligation de consulter pourrait avoir :

Poussée à l’extrême, la position de l’appelante obligerait le ministre des Finances, avant le discours annuel du budget devant la Chambre des communes, à l’égard de chaque mesure qui y est prévue pouvant avoir une incidence éventuelle sur le climat d’investissement, à consulter chaque Première nation, grande ou petite, dont des terres revendiquées pourraient être touchées, de toute manière pouvant être envisagée ou imaginée, indépendamment du caractère indirect ou peu important de l’incidence. Une application aussi vigoureuse de l’obligation de consulter, prenant naissance aussi aisément, porterait atteinte à l’un des objectifs de l’obligation, soit le respect « des intérêts opposés de la Couronne » — dans notre exemple, l’intérêt pour la Couronne d’un gouvernement pouvant fonctionner [...] [Référence omise.]

*Première Nation des Hupacasath c. Canada (Affaires étrangères et Commerce international Canada)*, 2015 CAF 4, au paragraphe 120.

[94] Dans son ouvrage, *Revisiting The Duty to Consult Aboriginal Peoples* (Saskatoon : Purich Publishing, 2014), à la page 64, le professeur Newman incite à la prudence lorsqu’il s’agit d’appliquer l’obligation de consulter à des matières qui touchent les peuples autochtones encore plus directement que la législation en cause en l’espèce :

[TRADUCTION] De plus, la modification d’un texte législatif ayant des effets importants sur les communautés autochtones, comme la *Loi sur les Indiens* ou une loi relative à l’éducation destinée aux Autochtones, pourrait être davantage entravée qu’à l’heure actuelle si elle était soumise aux formalités juridiques de l’obligation de consulter. Bref, il existe nécessairement une diversité d’opinions d’une communauté autochtone à l’autre, et l’application d’une doctrine juridique de nature formelle en matière de consultation compliquerait pour le moins considérablement les questions reliées à cette réforme législative. L’application de l’obligation de consulter à une mesure législative semble logique et permettre de protéger les communautés autochtones. Or, suivant certains arguments, elle aurait des effets négatifs sur la démocratie en général et sur la réforme législative dans

the courts should remain extremely cautious in this particular context.

[95] I would simply add that the caution which he urges is all the more compelling when the legislation at issue is legislation of general application.

[96] A similar note of caution was struck by the Supreme Court in *Reference re Canada Assistance Plan (B.C.)*, at page 559. The issue there was the doctrine of legitimate expectations, which does not arise here, but the concerns with respect to the ability of a government to act reflect my own:

Parliamentary government would be paralyzed if the doctrine of legitimate expectations could be applied to prevent the government from introducing legislation in Parliament. Such expectations might be created by statements during an election campaign. The business of government would be stalled while the application of the doctrine and its effect was argued out in the courts....

[97] This is not to minimize the Crown's obligations to Aboriginal peoples in circumstances where their particular interests are liable to be affected. I accept that the consultation process may not always be easy and that it may sometimes be difficult and time consuming. So be it. That is the price of meeting the obligations which Canada has to its Aboriginal peoples. But the threshold at which the duty to consult arises cannot be set so low that it is triggered by legislative action which is not aimed at specific Aboriginal groups or to territories in which they have, or claim, an interest. The duty must be found in the decisions by which such legislation is operationalized.

[98] The Yukon Court of Appeal came to the same conclusion in *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100, when it held, at paragraph 39:

I acknowledge that in *Rio Tinto* the Supreme Court of Canada left open the question of whether "government conduct" includes legislative action. I read that reservation narrowly, however. It may be that the doctrine of

les matières où la réforme est le plus nécessaire. À mon avis, les tribunaux devraient faire preuve d'une prudence extrême en la matière.

[95] J'ajouterais simplement que la prudence à laquelle il exhorte est d'autant plus importante lorsque la mesure législative en cause est une loi d'application générale.

[96] La même mise en garde a été faite par la Cour suprême dans le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, à la page 559. La question en litige dans cette affaire portait sur la doctrine de l'expectative légitime, laquelle ne se pose pas en l'espèce, mais les préoccupations au sujet de la faculté d'agir d'un gouvernement reflètent les miennes :

Le gouvernement parlementaire serait paralysé si la théorie de l'expectative légitime pouvait s'appliquer de manière à empêcher le gouvernement de déposer un projet de loi au Parlement. Des expectatives pourraient naître de déclarations faites au cours d'une campagne électorale. L'activité gouvernementale serait au point mort pendant que la question de l'application et de l'effet de la théorie serait débattue devant les tribunaux [...]

[97] Il ne s'agit pas de minimiser les obligations de la Couronne envers les peuples autochtones dans des circonstances où leurs intérêts particuliers sont susceptibles d'être touchés. Je reconnais que le processus de consultation n'est guère facile et qu'il peut parfois se révéler difficile et lent. Soit. C'est le prix à payer pour que le Canada s'acquitte de ses obligations envers les peuples autochtones. Toutefois, le critère ne saurait être si peu strict que la mesure législative qui ne vise pas des groupes autochtones particuliers ou des territoires à l'égard desquels ceux-ci ont un intérêt ou des revendications ferait jouer l'obligation de consulter. L'obligation de consulter doit se trouver dans les décisions de mise en œuvre d'une telle loi.

[98] La Cour d'appel du Yukon est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *Ross River Dena Council v. Government of Yukon*, 2012 YKCA 14, 358 D.L.R. (4th) 100. Je cite ses motifs au paragraphe 39 :

[TRADUCTION] Je reconnais que, dans l'arrêt *Rio Tinto*, la Cour suprême du Canada n'a pas répondu à la question de savoir si « une mesure gouvernementale » s'entend aussi d'une mesure législative. Toutefois, je donne à cette

parliamentary sovereignty precludes the imposition of a requirement that governments consult with First Nations before introducing legislation (see *Reference Re Canada Assistance Plan (B.C.)*, [1991] 2 S.C.R. 525 at 563). Such a limitation on the duty to consult would, however, only apply to the introduction of the legislation itself, and could not justify the absence of consultation in the carrying out of a statutory regime.

[99] If the legislation does not provide any mechanism by which that duty to consult may be invoked, the legislation may itself be defective. As noted above, the Mikisew Cree have chosen not to attack the legislation.

[100] Given my view that there is no duty to consult with respect to laws of general application, the question of where in the legislative process that consultation might occur does not arise. To that extent, the distinction which the Mikisew Cree seek to draw between policy development and the legislative process does not assist them in this case. I arrive at this conclusion not on the basis that the legislative process is indivisible but rather on the basis that if the duty to consult does not arise, the question of the modalities of that consultation does not arise either.

[101] In the result, I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court and dismiss the Mikisew Cree's application with costs in the Federal Court and in this Court. I would dismiss the cross-appeal without costs.

réserve une interprétation restrictive. Il se peut que le principe de la souveraineté parlementaire empêche que les gouvernements soient obligés de consulter les Premières Nations avant de déposer un projet de loi (voir le *Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada (C.-B.)*, 1991 CanLII 74 (CSC), [1991] 2 R.C.S. 525, à la page 563). Une telle restriction à l'obligation de consulter ne s'applique toutefois qu'au dépôt de la mesure législative, et ne pourrait pas justifier l'absence de consultation dans la mise à exécution d'un régime législatif.

[99] Une loi qui ne prévoit aucun mécanisme permettant d'invoquer l'obligation de consulter pourrait être viciée. Je le répète, la Première nation crie Mikisew a choisi de ne pas attaquer la loi.

[100] Compte tenu de mon opinion selon laquelle une loi d'application générale ne fait pas jouer l'obligation de consulter, la question de savoir à quelle étape de la filière législative la consultation doit intervenir ne se pose pas. Ainsi, la distinction que la Première nation crie Mikisew cherche à établir entre l'élaboration des politiques et la filière législative comme telle n'est d'aucun secours en l'espèce. J'arrive à cette conclusion, non pas parce que la filière législative est indivisible, mais plutôt parce que si l'obligation de consulter ne joue pas, la question des modalités de la consultation ne se pose pas non plus.

[101] En conséquence, j'accueillerais l'appel, j'annulerais le jugement de la Cour fédérale et je rejetterais la demande de la Première nation crie Mikisew avec dépens devant la Cour fédérale et devant notre Cour. Je rejetterais l'appel incident sans dépens.

IMM-1698-16  
2016 FC 1363

IMM-1698-16  
2016 CF 1363

**Bryan Alberto Discua Melendez** (*Applicant*)

**Bryan Alberto Discua Melendez** (*demandeur*)

v.

c.

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

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

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

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

Federal Court, Boswell J.—Vancouver, November 16; Ottawa, December 9, 2016.

Cour fédérale, juge Boswell —Vancouver, 16 novembre; Ottawa, 9 décembre 2016.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Permanent Residents — Judicial review of decision by respondent Minister's delegate (Minister's delegate or delegate) to refer applicant to admissibility hearing before Immigration Division of Immigration and Refugee Board — Applicant, 21-year-old Honduran, permanent resident of Canada, convicted of two offenses under Criminal Code — Convictions resulting in applicant's referral to admissibility hearing — Applicant living with family members including infant child — Report under Immigration and Refugee Protection Act, s. 44(1) issued by Canada Border Services Agency (CBSA) officer alleging that applicant inadmissible to Canada on grounds of serious criminality pursuant to Act, s. 36(1)(a) — Report reviewed by Minister's delegate; accepting CBSA officer's recommendation that applicant be convoked to admissibility hearing — Applicant submitting existence of humanitarian, compassionate (H&C) factors to have referral withdrawn but officer maintaining recommendation — Whether decision of Minister's delegate referring applicant for admissibility hearing reasonable — Case boiling down to what discretion Minister's delegate having pursuant to Act, s. 44(2) not to refer permanent resident to admissibility hearing even if person found to meet criteria set out in Act, s. 36(1)(a) — Case law in flux on issue — Discretion afforded to Minister's delegate under Act, s. 44(2) clearly recognized in Citizenship and Immigration Canada Operational Manual: Enforcement (ENF). Chapter ENF 6: "Review of Reports under A44(1)" — In determining whether Act, s. 44(1) report involving permanent resident should be referred to Immigration Division, Manual suggesting that Minister's delegate may consider list of various non-exhaustive factors — Case law, Manual both suggesting that Minister's delegate having limited discretion to consider H&C factors when deciding whether to refer s. 44(2) report to Immigration Division — Where H&C factors presented to Minister's delegate, delegate's consideration thereof should be reasonable in circumstances of case; if factors rejected, reasons therefor should be stated — Referral*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de résidents permanents — Contrôle judiciaire d'une décision rendue par le délégué du ministre défendeur (le délégué du ministre ou le délégué) de déférer le cas du demandeur pour enquête devant la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié — Le demandeur, un citoyen du Honduras âgé de 21 ans, est un résident permanent du Canada qui a été déclaré coupable de deux infractions prévues au Code criminel — Ces condamnations ont fait en sorte que le demandeur a été déféré pour enquête — Le demandeur vit avec des membres de sa famille, y compris un enfant en bas âge — Un rapport au titre de l'art. 44(1) de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés a été rendu par un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) qui faisait valoir qu'aux termes de l'art. 36(1)a) de la Loi, le demandeur est interdit de territoire au Canada pour grande criminalité — Ce rapport a été examiné par le délégué du ministre, qui a accepté la recommandation de l'agent de convoquer le demandeur pour enquête — Le demandeur a invoqué diverses considérations d'ordre humanitaire en vue de faire retirer le rapport, mais l'agent a maintenu la recommandation — Il s'agissait de savoir si la décision du délégué du ministre de déférer le cas du demandeur pour enquête était raisonnable — Il s'agissait essentiellement de savoir en l'espèce si le pouvoir discrétionnaire que l'art. 44(2) de la Loi confère au délégué du ministre lui permet de ne pas déférer pour enquête un résident permanent, même si le cas de celui-ci répond aux critères de l'art. 36(1)a) — La jurisprudence en ce domaine n'est pas entièrement fixée — Le pouvoir discrétionnaire conféré au délégué du ministre par l'art. 44(2) de la Loi est clairement reconnu dans le chapitre ENF 6 : « L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1) » du Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF) de Citoyenneté et Immigration Canada — Lorsqu'il s'agit de décider si un rapport établi au titre de l'art. 44(1) concernant un résident permanent devrait ou non être déféré à la Section de l'immigration, le Guide stipule que le délégué du ministre peut*

*decision in present case unreasonable because officer's written reasons, delegate's concurrence therewith completely devoid of any analysis of H&C factors applicant raising — In circumstances of case, insufficient, unreasonable for delegate to only state applicant's submissions reviewed, considered; neither delegate nor officer offering any meaningful explanation why applicant's submissions rejected — Seriousness of offences committed stated as standalone conclusion without explaining why factor outweighing various H&C factors raised by applicant — Thus, referral decision unbalanced, unintelligible, could not be justified in respect of facts, law — Decision set aside, matter returned to different delegate of respondent — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a decision by the respondent Minister's delegate (Minister's delegate or delegate) to refer the applicant to an admissibility hearing before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board. The applicant, a 21-year-old Honduran, arrived in Canada as a permanent resident when he was 10. In 2015, he was convicted of two offenses under the *Criminal Code*, including assault with a weapon and theft, which resulted in his being referred to an admissibility hearing. The applicant, who lives with family members including an infant child and his disabled mother, is the principal source of financial support for them. After his conviction, the applicant was subsequently informed that a report under subsection 44(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act* (Act) might be issued by a Canada Border Services Agency (CBSA) officer alleging that the applicant was inadmissible to Canada on grounds of serious criminality pursuant to paragraph 36(1)(a) of the Act. The report was finally issued and reviewed by the Minister's delegate who accepted the officer's recommendation that the applicant be convoked to an admissibility hearing. Written submissions were later provided by applicant's counsel requesting the withdrawal of the referral for an admissibility hearing and the exercise of discretion in issuing a warning letter instead given various humanitarian and compassionate (H&C) factors. However, while the CBSA officer amended the report, he did not change his recommendation.

*prendre en compte divers facteurs énumérés de manière non exhaustive — La jurisprudence et le Guide portent à dire qu'en vertu de l'art. 44(2), le délégué du ministre, lorsqu'il doit décider de déférer un rapport à la Section de l'immigration, jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire — Dans les cas où des facteurs d'ordre humanitaire sont portés à l'attention d'un délégué du ministre, celui-ci doit se pencher sur ces facteurs d'une manière qui soit raisonnable compte tenu des circonstances de l'affaire, et s'il les écarte, il devrait indiquer pourquoi — En l'espèce, la décision de renvoi était déraisonnable, car on ne trouvait, dans les motifs écrits de l'agent, et dans l'acquiescement du délégué, aucune analyse des considérations d'ordre humanitaire invoquées — Compte tenu des circonstances de l'espèce, il était, de la part du délégué, à la fois insuffisant et déraisonnable de simplement indiquer que les arguments avancés par le demandeur avaient été examinés et pris en compte; ni l'agent ni le délégué n'ont expliqué pourquoi les arguments du demandeur avaient été jugés insuffisants — La gravité des infractions commises était en l'espèce l'unique conclusion avancée, sans le moindre motif expliquant pourquoi ce facteur devrait l'emporter sur les diverses considérations d'ordre humanitaire invoquées par le demandeur — La décision de renvoi était donc déséquilibrée et était, par voie de conséquence, non intelligible et ne se justifiait pas au regard des faits et du droit — La décision de renvoi a été infirmée et l'affaire renvoyée à un autre délégué du ministre — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'une décision rendue par le délégué du ministre défendeur (le délégué du ministre ou le délégué) de déférer le cas du demandeur pour enquête devant la Section de l'immigration de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié. Le demandeur, un citoyen du Honduras âgé de 21 ans, est arrivé au Canada en tant que résident permanent lorsqu'il avait 10 ans. En 2015, il a été déclaré coupable de deux infractions prévues au *Code criminel*, notamment pour agression armée et pour vol, et a pour cela été déféré pour enquête. Le demandeur, qui vit avec des membres de sa famille, y compris un enfant en bas âge et sa mère invalide, est le principal soutien financier de la famille. Après sa condamnation, le demandeur a été informé qu'un rapport au titre du paragraphe 44(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* (Loi) pourrait être rendu par un agent de l'Agence des services frontaliers du Canada (ASFC) faisant valoir qu'aux termes de l'alinéa 36(1)a) de la Loi, le demandeur était interdit de territoire au Canada pour grande criminalité. Ce rapport a finalement été rendu et examiné par le délégué du ministre, qui a accepté la recommandation de l'agent de convoquer le demandeur pour enquête. L'avocat agissant au nom du demandeur a par la suite transmis des observations écrites, demandant à l'agent, en invoquant diverses considérations d'ordre humanitaire, de retirer son rapport et d'exercer son pouvoir discrétionnaire afin d'émettre, à la place, une lettre

On judicial review, the applicant argued, *inter alia*, that the referral decision was unreasonable because it failed to consider whether there were H&C considerations favouring not referring the report to the Immigration Division; that a decision-maker's failure to consider the best interests of a child affected by the decision rendered the decision unreasonable; and that, in this case, the delegate completely failed to consider the best interests of the applicant's unborn child and minor siblings.

The main issue was whether the decision referring the applicant for an admissibility hearing was reasonable.

*Held*, the application should be allowed.

This case boiled down to what discretion a Minister's delegate has pursuant to subsection 44(2) of the Act not to refer a permanent resident, such as the applicant, to an admissibility hearing even if he has been found to meet the criteria set out in paragraph 36(1)(a). The case law is somewhat in flux on this issue inasmuch as the Federal Court of Appeal has not yet had an opportunity to fully address and resolve this issue. A number of cases dealing with the issue of discretion in the preparation and referral of a report under section 44 of the Act were examined. It warranted noting that the discretion afforded to a Minister's delegate under subsection 44(2) of the Act is clearly recognized in the *Citizenship and Immigration Canada Operational Manual: Enforcement (ENF)*. Chapter ENF 6: "Review of Reports under A44(1)" where it is stated that the delegate has authority, even if the subsection 44(1) report is well-founded, not to refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing but rather issue a warning letter. In determining whether a subsection 44(1) report involving a permanent resident should be referred to the Immigration Division, the Manual suggests that a Minister's delegate may consider a list of various non-exhaustive factors, such as age at time of landing, length of residence, location of family support and responsibilities.

A number of conclusions were drawn, in particular, that there is conflicting case law as to whether an immigration officer has any discretion under subsection 44(1) of the Act beyond that of simply ascertaining and reporting the basic facts which underlie an opinion that a permanent resident in Canada is inadmissible. However, the case law and the Manual do suggest that a Minister's delegate has a limited discretion, when deciding whether to refer a report of inadmissibility to

d'avertissement. Cependant, bien que l'agent de l'ASFC ait modifié son rapport, il n'a pas changé sa recommandation.

Lors du contrôle judiciaire, le demandeur a soutenu, entre autres, que la décision en cause était déraisonnable, car elle ne tenait aucun compte du fait que des considérations d'ordre humanitaire pouvaient porter à ne pas transmettre le rapport à la Section de l'immigration; que le fait que le décideur n'ait pas pris en compte l'intérêt supérieur d'un enfant touché par la décision rendait la décision déraisonnable; et qu'en l'espèce, le délégué n'a pas tenu le moindre compte de l'intérêt supérieur de ses frères et sœurs mineurs, ou de son enfant à naître.

Il s'agissait principalement de savoir si la décision de déférer le cas du demandeur pour enquête était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Il s'agissait essentiellement de savoir en l'espèce si le pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 44(2) de la Loi confère au délégué du ministre lui permet de ne pas déférer pour enquête un résident permanent tel que le demandeur, même si le cas de celui-ci répond aux critères de l'alinéa 36(1)a). La jurisprudence en ce domaine n'est pas entièrement fixée, car la Cour d'appel fédérale n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer pleinement sur la question. Un certain nombre de cas traitant de la question du pouvoir discrétionnaire lors de la préparation et de la remise du rapport prévu à l'article 44 de la Loi ont été examinés. Il convenait de souligner que le pouvoir discrétionnaire conféré au délégué du ministre par le paragraphe 44(2) de la Loi est clairement reconnu dans le *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)* de Citoyenneté et Immigration Canada. Le chapitre ENF 6 : « L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1) » stipule que le délégué peut, même si le rapport établi au titre du paragraphe 44(1) est fondé, ne pas le déférer à la Section de l'immigration pour enquête, mais simplement envoyer une lettre d'avertissement. Lorsqu'il s'agit de décider si un rapport établi au titre du paragraphe 44(1) concernant un résident permanent devrait ou non être déféré à la Section de l'immigration, le Guide stipule que le délégué du ministre peut prendre en compte divers facteurs énumérés de manière non exhaustive, tel que : l'âge au moment de l'établissement; la durée de sa résidence; la provenance du soutien familial et les responsabilités.

Plusieurs conclusions ont été tirées, en particulier que la jurisprudence n'est pas unanime sur la question de savoir si, en vertu du paragraphe 44(1) de la Loi, un agent d'immigration jouit d'un pouvoir discrétionnaire limité qui ne l'autorise qu'à établir et exposer les faits permettant d'affirmer qu'un résident permanent du Canada est interdit de territoire. La jurisprudence et le Guide portent cependant à dire qu'en vertu du paragraphe 44(2), le délégué du ministre, lorsqu'il doit

the Immigration Division pursuant to subsection 44(2) or to issue a warning letter, to consider H&C factors, including the best interests of a child, at least in cases where a permanent resident is concerned. Nevertheless, the Minister's delegate is not obliged to consider such factors. However, where H&C factors are presented to a delegate of the Minister, the delegate's consideration of those factors should be reasonable in the circumstances of the case, and should those factors be rejected, the reasons therefor should be stated, if only briefly.

The officer in this case summarized the previously unknown information in just one sentence and immediately afterwards indicated that, due to the seriousness of the offenses committed, the recommendation that the applicant be convoked to an admissibility hearing for the allegation under subsection 36(1) be maintained. The delegate concurred with the officer's report and noted that he had reviewed and considered the applicant's submissions. The referral decision in this case was unreasonable because the officer's written reasons and the delegate's concurrence with those reasons were completely devoid of any analysis whatsoever of the H&C factors raised by the applicant, notably as to those in relation to the best interests of the applicant's younger sisters and unborn child. There was no mention at all of these factors either in the officer's report or the delegate's comments. In the circumstances of the case, it was insufficient and unreasonable for the delegate to simply and only state that the applicant's submissions had been reviewed and considered. Neither the delegate nor the officer provided any explanation as to why the applicant's submissions were insufficient. The decision in this case was such that it was not possible to determine whether the delegate reviewed and considered the applicant's submissions in a reasonable manner because neither the delegate nor the officer offered any meaningful explanation as to why the applicant's submissions were rejected.

While the delegate concurred with the officer's statement that, given the seriousness of the offences committed, the applicant should be referred for an admissibility hearing, the seriousness of the offences committed was not, in and of itself, a reason to reject and not engage, even briefly, with the applicant's submissions except to the extent of simply acknowledging that they had been reviewed and considered. The seriousness of the offences committed was stated as a standalone conclusion for which no reasons were stated as to why this factor outweighed the various H&C factors raised by the applicant. The referral decision was unbalanced in this regard and consequently unintelligible and could not be justified in respect of the facts and the law. Accordingly, the

décider de déférer ou non à la Section de l'immigration un rapport d'interdiction de territoire, ou d'émettre une lettre d'avertissement, jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire lui permettant de prendre en compte des considérations d'ordre humanitaire, y compris l'intérêt supérieur d'un enfant, du moins lorsqu'il s'agit d'un résident permanent. Toutefois, il n'est aucunement tenu de le faire. Dans les cas, cependant, où des facteurs d'ordre humanitaire sont portés à l'attention d'un délégué du ministre, celui-ci doit se pencher sur ces facteurs d'une manière qui soit raisonnable compte tenu des circonstances de l'affaire, et s'il les écarte, il devrait, ne serait-ce que brièvement, indiquer pourquoi.

En l'espèce, l'agent a résumé, en une seule phrase, les renseignements qui n'avaient pas auparavant été portés à sa connaissance et a immédiatement indiqué qu'en raison de la gravité des infractions en cause, la recommandation que le demandeur soit convoqué à une enquête concernant l'allégation formulée au titre du paragraphe 36(1) devait être maintenue. Le délégué a souscrit au rapport de l'agent, précisant qu'il avait examiné et pris en compte les arguments présentés par le demandeur. La décision de déférer le cas à la Section de l'immigration était déraisonnable, car on ne trouvait, dans les motifs écrits de l'agent, et dans l'acquiescement du délégué, aucune analyse des considérations d'ordre humanitaire invoquées par le demandeur, et en particulier des considérations fondées sur l'intérêt supérieur des jeunes sœurs du demandeur, ainsi que de son enfant à naître. On ne trouvait pas, dans le rapport de l'agent ou dans les observations faites par le délégué, la moindre mention de ces facteurs. Compte tenu des circonstances de l'espèce, il était, de la part du délégué, à la fois insuffisant et déraisonnable de simplement indiquer que les arguments avancés par le demandeur avaient été examinés et pris en compte. Ni l'agent ni le délégué n'ont expliqué pourquoi les arguments du demandeur avaient été jugés insuffisants. Compte tenu de la décision en cause, on ne pouvait pas savoir en l'espèce si le délégué s'est penché de manière raisonnable sur les arguments avancés par le demandeur, étant donné que ni le délégué ni l'agent n'expliquaient pourquoi les arguments du demandeur ont été écartés.

Il est vrai que le délégué s'est dit d'accord avec l'agent qui estimait que compte tenu de la gravité des infractions commises, le demandeur devrait voir son cas déféré pour enquête. Or, la gravité des infractions commises ne suffisait pas en soi à écarter, sans les évoquer, ne serait-ce que brièvement, les arguments du demandeur, en ne faisant que mentionner qu'ils ont été examinés et pris en compte. La gravité des infractions commises était en l'espèce l'unique conclusion avancée, sans le moindre motif expliquant pourquoi ce facteur devrait l'emporter sur les diverses considérations d'ordre humanitaire invoquées par le demandeur. La décision de renvoi était donc déséquilibrée et était, par voie de conséquence, non intelligible et ne se justifiait pas au regard des faits et du droit. En

referral decision was set aside and the matter returned to a different delegate of the Minister.

l'occurrence, la décision de renvoi a été infirmée et l'affaire renvoyée à un autre délégué du ministre.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 267(a), 334.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 25(1), 36(1)(a), 44, 72(1).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Tran*, 2015 FCA 237, [2016] 2 F.C.R. 459; *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3; *Fabbiano v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1219, 470 F.T.R. 107; *Kidd v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1044.

##### DISTINGUISHED:

*Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409.

##### CONSIDERED:

*Faci v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 693; *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675, aff'd 2009 FCA 73; *James v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 965; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708; *Bermudez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 131, [2017] 1 F.C.R. 128; *Balan v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 691, 482 F.T.R. 49; *Pham v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 824; *Rosenberry v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 882, 374 F.T.R. 116; *Finta v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1127, 419 F.T.R. 8; *Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1411, [2013] 4 F.C.R. 455; *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 990, 298 F.T.R. 267.

##### REFERRED TO:

*Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909; *Berisha v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 755.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 267a), 334.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 25(1), 36(1)a), 44, 72(1).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Tran*, 2015 CAF 237, [2016] 2 R.C.F. 459; *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3; *Fabbiano c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1219; *Kidd c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1044.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Faci c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 693; *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675, conf. par 2009 CAF 73; *James c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 965; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Newfoundland and Labrador Nurses' Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708; *Bermudez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 131, [2017] 1 R.C.F. 128; *Balan c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 691; *Pham c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 824; *Rosenberry c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 882; *Finta c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1127, [2012] A.C.F. n° 1214 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1411, [2013] 4 R.C.F. 455; *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 990.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909; *Berisha c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 755.

## AUTHORS CITED

Citizenship and Immigration Canada. *Operational Manual: Enforcement (ENF)*. Chapter ENF 6: “Review of Reports under A44(1)”, online: <<http://www.cic.gc.ca/english/resources/manuals/enf/enf06-eng.pdf>>.

APPLICATION for judicial review of a decision by the respondent Minister’s delegate to refer the applicant to an admissibility hearing before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board. Application allowed.

## APPEARANCES

*Fritz C. Gaerdes* for applicant.  
*Brett J. Nash* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

[1] BOSWELL J.: The applicant, Bryan Alberto Discua Melendez, is a 21-year-old citizen of Honduras who arrived in Canada as a permanent resident on January 22, 2006 when he was 10 years old. On January 12, 2015, he was convicted of two offences under the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, an event which in turn resulted in him being referred to an admissibility hearing before the Immigration Division of the Immigration and Refugee Board. He has now applied under subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA) for judicial review of the decision to refer him to an admissibility hearing.

I. Background

[2] The applicant currently lives in Burnaby, British Columbia, with his girlfriend, his infant child, his mother, his two younger sisters, and his younger brother. He is the principal source of financial support for his

## DOCTRINE CITÉE

Citoyenneté et Immigration Canada. *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*. Chapitre ENF 6 : « L’examen des rapports établis en vertu de la L44(1) », en ligne : <<http://www.cic.gc.ca/francais/ressources/guides/enf/enf06-fra.pdf>>.

DEMANDE de contrôle judiciaire d’une décision rendue par le délégué du ministre défendeur de déférer le cas du demandeur pour enquête devant la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Fritz C. Gaerdes* pour le demandeur.  
*Brett J. Nash* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Elgin, Cannon & Associates*, Vancouver, pour le demandeur.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

[1] LE JUGE BOSWELL : Le demandeur, Bryan Alberto Discua Melendez, âgé de 21 ans, est citoyen du Honduras. Il est arrivé au Canada en tant que résident permanent le 22 janvier 2006, alors qu’il avait 10 ans. Il est, le 12 janvier 2015, déclaré coupable de deux infractions prévues au *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et il est pour cela déféré pour enquête devant la Section de l’immigration de la Commission de l’immigration et du statut de réfugié. Il sollicite, au titre du paragraphe 72(1) de la *Loi sur l’immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la LIPR) le contrôle judiciaire de la décision de déférer son cas pour enquête.

I. Contexte de l’affaire

[2] Le demandeur vit actuellement à Burnaby (Colombie-Britannique), avec son amie, son enfant en bas âge, ses deux jeunes sœurs, son jeune frère et sa mère. Il est le principal soutien financier de la famille.

family. His wife is unemployed and his mother cannot work due to her disability.

[3] On November 7, 2013, the applicant, then 18 years old, was involved in two robberies and on January 12, 2015, he was convicted of assault with a weapon and theft, contrary to paragraph 267(a) and section 334 of the *Criminal Code*, respectively. He received a conditional sentence of 15 months with a 12-month probation order.

[4] On May 27, 2015, the applicant received a letter from the Canada Border Services Agency (CBSA), warning that a report under subsection 44(1) of the IRPA might be prepared against him and advising that he could make written submissions as to why a removal order should not be sought. The next day, a CBSA officer (the officer) issued a report under subsection 44(1) which alleged that the applicant was inadmissible to Canada on grounds of serious criminality pursuant to paragraph 36(1)(a) of the IRPA. On June 15, 2015, the applicant's lawyer asked the officer to defer forwarding the report until he could provide written submissions; the officer agreed to defer forwarding the report to a manager until July 6, 2015. Several weeks then passed and on July 30, 2015, after receiving no submissions from the applicant or his lawyer, the officer forwarded the report for managerial review by the Minister's delegate (the delegate).

[5] In the subsection 44(1) report, the officer reviewed the applicant's case history, including his arrival to Canada and the events that had led to his *Criminal Code* convictions. The officer noted that the applicant had confessed to the police and appeared "genuinely remorseful". The officer did not know whether the applicant had any extended family in Canada other than his mother or whether his family was financially dependent on him. The officer also noted that the lack of submissions made it difficult to judge the applicant's attitude towards the convictions and his potential for rehabilitation. The officer's recommendation that the applicant be convoked to an admissibility hearing was accepted by the delegate who, on August 21, 2015, referred the officer's report pursuant to subsection 44(2)

Sa femme n'a pas d'emploi et sa mère ne peut pas travailler en raison d'une invalidité.

[3] Le 7 novembre 2013, le demandeur, qui avait 18 ans à l'époque, a participé à deux vols qualifiés, et, le 12 janvier 2015, est déclaré coupable d'agression armée et de vol, infractions réprimées à l'alinéa 267a) et à l'article 334 du *Code criminel* respectivement. Il est condamné à 15 mois d'emprisonnement avec sursis et à 12 mois de probation.

[4] Le 27 mai 2015, le demandeur reçoit de l'Agence des services frontaliers du Canada (l'ASFC), une lettre l'avertissant qu'il pourrait faire l'objet d'un rapport d'interdiction de territoire au titre du paragraphe 44(1) de la LIPR, et lui offrant la possibilité de présenter des observations écrites afin d'expliquer pourquoi l'on ne devrait pas prendre à son encontre une mesure de renvoi. Le jour suivant, un agent de l'ASFC (l'agent) établit un rapport en application du paragraphe 44(1), faisant valoir qu'aux termes de l'alinéa 36(1)a) de la LIPR, le demandeur est interdit de territoire au Canada pour grande criminalité. Le 15 juin 2015, l'avocat du demandeur demande à l'agent de déférer la remise de son rapport afin de permettre à son client de présenter des observations écrites. L'agent accepte de reporter au 6 juillet 2015 l'envoi du rapport à son supérieur. Plusieurs semaines passent, et le 30 juillet 2015, n'ayant rien reçu du demandeur ou de son avocat, l'agent transmet le rapport au délégué du ministre (le délégué) pour examen.

[5] Dans ce rapport établi en application du paragraphe 44(1), l'agent passe en revue les antécédents du demandeur, y compris son arrivée au Canada, et les événements ayant entraîné ses déclarations de culpabilité en vertu du *Code criminel*. L'agent relève que le demandeur a passé des aveux devant la police, et qu'il a semblé éprouver [TRADUCTION] « d'authentiques remords ». L'agent ne savait pas si, outre sa mère, le demandeur a au Canada une famille élargie, ou si sa famille est financièrement à sa charge. L'agent a par ailleurs souligné qu'étant donné que le demandeur n'avait pas transmis d'observations écrites, il était difficile d'évaluer son attitude, tant à l'égard de ses déclarations de culpabilité qu'à l'égard de ses chances de réhabilitation. L'avis de l'agent, qui recommandait

of the IRPA to the Immigration Division for an admissibility hearing.

[6] On March 21, 2016, a different lawyer for the applicant provided written submissions for consideration and requested that the applicant's referral for an admissibility hearing be withdrawn. The applicant's submissions requested the officer to withdraw the report and instead issue a warning letter in view of various humanitarian and compassionate (H&C) factors. The applicant provided financial information to show that he was the principal source of income for his family and then pregnant girlfriend. The applicant outlined his family's monthly expenses and detailed how his income supported his girlfriend and family. The applicant claimed it was not in the best interests of his two minor sisters (aged 4 and 10 at the time of the submissions) and his then unborn child for him to be found inadmissible. According to the applicant, his inadmissibility, inability to work in Canada, or removal from Canada, "would cause severe emotional and financial hardship on his younger brother and sisters, and also his unborn daughter once she is born". The applicant referred to *Kanthisamy v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2015 SCC 61, [2015] 3 S.C.R. 909, at paragraphs 36, 37 and 40, the objectives of the IRPA, and Canada's international obligations, to urge the officer to consider the best interests of his siblings and unborn child, as well as his mother and girlfriend, in deciding whether to refer the report to the delegate. The applicant requested that the officer exercise his discretion and issue a warning letter.

[7] However, after considering the submissions, the officer again recommended that the applicant be referred to the Immigration Division for an admissibility hearing. The officer amended his report on April 8, 2016, stating as follows:

On 22MAR2016, I was informed by HO MEDLY that DISCUA legal counsel, Fritz Gaerdes, had provided

la convocation du demandeur pour enquête, est accepté par le délégué qui, le 21 août 2015, en vertu du paragraphe 44(2) de la LIPR, transmet le rapport de l'agent à la Section de l'immigration pour enquête.

[6] Le 21 mars 2016, un autre avocat agissant au nom du demandeur transmet des observations écrites, demandant que l'on revienne sur le renvoi pour enquête. Dans le cadre des observations présentées au nom du demandeur, et en invoquant diverses considérations d'ordre humanitaire, il était demandé à l'agent de retirer son rapport et d'émettre, à la place, une lettre d'avertissement. Le demandeur a fourni des renseignements sur sa situation financière, indiquant qu'il est le principal soutien de sa famille et de son amie, qui était alors enceinte. Il a fait le décompte de ce que sa famille dépense chaque mois, expliquant comment son revenu subvient aux besoins de sa famille et de son amie. Le demandeur faisait valoir que son interdiction de territoire irait à l'encontre de l'intérêt supérieur de ses deux sœurs mineures (âgées à l'époque de 4 et 10 ans) et de l'enfant qui allait bientôt naître. Selon le demandeur, son interdiction de territoire, l'impossibilité pour lui de travailler au Canada, ou son renvoi du Canada [TRADUCTION] « entraîneraient pour son jeune frère et ses jeunes sœurs de graves difficultés financières et émotionnelles, difficultés qu'éprouverait également sa fille qui devait bientôt naître ». Le demandeur a cité l'arrêt *Kanthisamy c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61, [2015] 3 R.C.S. 909, aux paragraphes 36, 37 et 40, et a fait état de l'objet de la LIPR et des obligations internationales du Canada, et a demandé à l'agent de prendre en compte l'intérêt supérieur de ses frères et sœurs et de son enfant à naître, ainsi que de sa mère et de son amie, pour décider s'il y avait lieu ou non de remettre son rapport au délégué. Le demandeur a prié l'agent d'exercer son pouvoir discrétionnaire et de simplement lui remettre une lettre d'avertissement.

[7] Cependant, après avoir examiné les observations écrites du demandeur, l'agent recommanda à nouveau que son cas soit déféré à la Section de l'immigration pour enquête. Le 8 avril 2016, l'agent modifia son rapport, se prononçant comme suit :

[TRADUCTION] Le 22 MARS 2016, j'ai été informé par HO MEDLY que Fritz Gaerdes, l'avocat de M. DISCUA,

submissions to CBSA at the 21MAR2016 ADH hearing for consideration. The entire submissions package (30 pages) was reviewed and considered. Included in the package were: a background of DISCUA's case, details regarding DISCUA's unborn child and financial support he provides his family, an affidavit from DISCUA and his girlfriend SANTALUCIA, medical and financial documents.

The previously unknown information was reviewed and considered. DISCUA's provides his family financial support through his gainful employment, his mother, brother, and two minor sisters live in Canada, he has an unborn child who is due in August 2016, and he expresses remorse for the offenses that he committed.

After reviewing all relevant information and submissions, due [to] the seriousness of the offenses committed, I continue to recommend that DISCUA be convoked to an Admissibility Hearing for the 36(1) allegation.

[8] The delegate accepted the officer's recommendation on April 14, 2016, noting the following on the subsection 44(1) report:

Refer to A.H. [Admissibility Hearing] (not withdraw referral). Concur w/ recommendation. New submissions reviewed & considered.

[9] On April 14, 2016, the delegate referred the officer's amended report to the Immigration Division for an admissibility hearing.

## II. Issues

[10] This application for judicial review raises two issues:

1. What is the appropriate standard of review?
2. Is the decision referring the applicant for an admissibility hearing reasonable?

avait transmis des observations à l'ASFC à l'occasion de l'enquête qui avait eu lieu le 21 MARS 2016. Ce document de 30 pages a été étudié. Il comprenait : le contexte dans lequel se situaient les faits reprochés à M. DISCUA, des détails concernant l'enfant qu'il attendait et le soutien financier qu'il assurait à sa famille, un affidavit de M. DISCUA et de M<sup>me</sup> SANTALUCIA, son amie ainsi que des documents médicaux et financiers.

Ces renseignements, qui n'avaient pas, avant cela, été portés à notre connaissance, ont été étudiés. Par son emploi, M. DISCUA pourvoit aux besoins financiers de sa famille; sa mère, son frère et ses deux sœurs, vivent au Canada. Son amie attend un enfant qui devrait naître en août 2016, et le demandeur a exprimé des remords pour les infractions qu'il a commises.

Après examen des renseignements et arguments pertinents en l'occurrence, je continue, en raison de la gravité des infractions commises, à recommander que M. DISCUA soit convoqué pour enquête relativement aux motifs d'interdiction de territoire prévus au paragraphe 36(1).

[8] Le délégué a, le 14 avril 2016, retenu la recommandation de l'agent, ajoutant au rapport qui lui était remis en vertu du paragraphe 44(1), la mention suivante :

[TRADUCTION] Pour ce qui est du renvoi pour enquête (ne pas annuler le renvoi). D'accord avec la recommandation. Les nouveaux éléments produits ont été examinés et pris en compte.

[9] Le 14 avril 2016, le délégué a transmis le rapport modifié de l'agent à la Section de l'immigration aux fins d'enquête.

## II. Questions en litige

[10] La présente demande de contrôle judiciaire soulève deux questions :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable en l'espèce?
2. La décision de déférer le cas du demandeur pour enquête est-elle raisonnable?

### III. Analysis

#### A. *Standard of Review*

[11] It is well established that a decision to refer a permanent resident to an admissibility hearing pursuant to subsection 44(2) of the IRPA is reviewed on the reasonableness standard (see *Faci v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 693 (*Faci*), at paragraph 17; *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675 (*Richter*), at paragraph 9, affd 2009 FCA 73). Similarly, the adequacy of the reasons for such a decision is also reviewed on the reasonableness standard (*Berisha v. Canada (Attorney General)*, 2016 FC 755, at paragraph 18).

[12] This being so, although the Court can intervene “if the decision-maker has overlooked material evidence or taken evidence into account that is inaccurate or not material” (*James v. Canada (Attorney General)*, 2015 FC 965, at paragraph 86), it should not intervene if the decision is intelligible, transparent, and justifiable, and defensible in respect of the facts and the law: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 47. Those criteria are met if “the reasons allow the reviewing court to understand why the tribunal made its decision and permit it to determine whether the conclusion is within the range of acceptable outcomes”: *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union v. Newfoundland and Labrador (Treasury Board)*, 2011 SCC 62, [2011] 3 S.C.R. 708, at paragraph 16.

#### B. *Is the decision referring the applicant for an admissibility hearing reasonable?*

[13] The applicant argues that the decision is unreasonable because it fails to consider whether there were H&C considerations that favoured not referring the report to the Immigration Division. The applicant notes that the *Operational Manual: Enforcement (ENF)*, Chapter ENF 6: “Review of Reports under A44(1)” (the Manual) specifically contemplates H&C considerations in cases involving permanent residents, since the Minister’s delegate may consider such matters as the

### III. Analyse

#### A. *La norme de contrôle applicable*

[11] Il est bien établi que la décision de déférer pour enquête au titre du paragraphe 44(2) de la LIPR le cas d’un résident permanent relève, dans le contexte du contrôle judiciaire, de la norme de la décision raisonnable (voir *Faci c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 693 (*Faci*), au paragraphe 17; *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675 (*Richter*), au paragraphe 9, conf. par 2009 CAF 73). La question du caractère adéquat des motifs d’une telle décision relève, elle aussi, de la norme de la décision raisonnable (*Berisha c. Canada (Procureur général)*, 2016 CF 755, au paragraphe 18).

[12] Cela étant, bien que la Cour puisse intervenir « si le décideur a ignoré des éléments de preuve important ou pris en compte des éléments qui sont inexacts ou dénués d’importance » (*James c. Canada (Procureur général)*, 2015 CF 965, au paragraphe 86), elle ne devrait pas intervenir si la décision en cause est intelligible, transparente et justifiée au regard des faits et du droit : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 47. Ces critères sont satisfaits si « les motifs [...] permettent à la cour de révision de comprendre le fondement de la décision du tribunal et de déterminer si la conclusion fait partie des issues possibles acceptables » : *Newfoundland and Labrador Nurses’ Union c. Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, [2011] 3 R.C.S. 708, au paragraphe 16.

#### B. *La décision de déférer le demandeur pour enquête est-elle raisonnable?*

[13] Selon le demandeur, la décision en cause est déraisonnable, car elle ne tient aucun compte du fait que des considérations d’ordre humanitaire pourraient, en l’occurrence, porter à ne pas transmettre le rapport à la Section de l’immigration. Le demandeur fait valoir que le *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)*, chapitre ENF 6 : « L’examen des rapports établis en vertu de la L44(1) » (le Guide) prévoit en effet que des considérations d’ordre humanitaire peuvent intervenir

location of family support and responsibilities and whether there are any family members in Canada who are “emotionally or financially dependent on the permanent resident”.

[14] The applicant contends that a decision maker’s failure to consider the best interests of a child affected by the decision renders their decision unreasonable. The applicant submits that the delegate in this case completely failed to consider the best interests of the applicant’s unborn child and minor siblings. According to the applicant, a mere statement that the best interests of the minor children have been considered is insufficient. The applicant maintains that the delegate and the officer each failed to expressly identify, define, examine, and weigh the best interests of the applicant’s minor age siblings and unborn child.

[15] The respondent argues that the officer did not have discretion to overlook the applicant’s convictions and not prepare the report, whereas the delegate only had limited discretion to not refer the matter to the Immigration Division. According to the respondent, the officer did not have discretion to consider H&C grounds in preparing the report and the delegate reasonably exercised his limited discretion by considering the H&C grounds raised by the applicant. The respondent submits that the applicant has the burden of proof to demonstrate the H&C grounds and, as a result of the applicant’s failure to discharge this burden, the delegate reasonably concluded that the H&C grounds raised by the applicant did not outweigh his criminality.

[16] This case boils down to what discretion a Minister’s delegate has pursuant to subsection 44(2) of the IRPA not to refer a permanent resident, such as the applicant, to an admissibility hearing even if he has been found to meet the criteria set out in paragraph 36(1)(a). The jurisprudence is somewhat in flux on this issue

dans des dossiers concernant un résident permanent, le délégué du ministre étant autorisé à prendre en compte des facteurs tels que la provenance du soutien familial et les responsabilités, et la question de savoir s’il y a, au Canada, des membres de la famille qui dépendent « émotionnellement ou financièrement du résident permanent ».

[14] Selon le demandeur, la décision en cause est déraisonnable, car le décideur n’a pas pris en compte l’intérêt supérieur d’un enfant touché par la décision. Il fait valoir qu’en l’espèce le délégué n’a pas tenu le moindre compte de l’intérêt supérieur de ses frères et sœurs mineurs, ou de son enfant à naître. D’après lui, le décideur ne pouvait pas simplement affirmer avoir tenu compte de l’intérêt supérieur des enfants mineurs. Il soutient que le délégué et l’agent ont tous les deux manqué d’explicitier, de définir, d’examiner et d’évaluer l’intérêt supérieur des frères et sœurs en bas âge du demandeur et de son enfant à naître.

[15] Le défendeur soutient pour sa part que l’agent n’avait pas le pouvoir discrétionnaire de faire abstraction des déclarations de culpabilité dont le demandeur a fait l’objet, et de ne pas rédiger le rapport en question, et que, pour ce qui est de la décision de ne pas transmettre le dossier à la Section de l’immigration, le délégué n’avait, quant à lui, qu’un pouvoir discrétionnaire limité. Selon le défendeur, l’agent n’avait pas, dans la préparation de son rapport, le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte des motifs d’ordre humanitaire, et le délégué a fait un exercice raisonnable du pouvoir discrétionnaire limité qui est le sien en examinant les motifs d’ordre humanitaire invoqués par le demandeur. Selon le défendeur, c’est au demandeur qu’il appartient de démontrer l’existence de motifs d’ordre humanitaire et, dans la mesure où il ne l’a pas fait, le délégué pouvait raisonnablement conclure que les motifs d’ordre humanitaire qu’invoquait le demandeur ne l’emportaient pas sur ses antécédents criminels.

[16] Il s’agit essentiellement de savoir en l’espèce si le pouvoir discrétionnaire que le paragraphe 44(2) de la LIPR confère au délégué du ministre lui permet de ne pas déférer pour enquête un résident permanent tel que le demandeur, même si le cas de celui-ci répond aux critères de l’alinéa 36(1)a). La jurisprudence en ce

inasmuch as the Federal Court of Appeal has not yet had an opportunity to fully address and resolve the issue. As noted in *Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) v. Tran*, 2015 FCA 237, [2016] 2 F.C.R. 459 [at paragraph 12]:

Both parties agree that the Minister's delegate had some discretion, albeit a limited one, not to refer a permanent resident such as Mr. Tran to an admissibility hearing even if he was found to meet the criteria set out in paragraph 36(1)(a) (*Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3, and Chapter ENF 6: "Review of Reports under A44(1)" of the *Operational Manual: Enforcement (ENF)* of Citizenship and Immigration Canada (CIC) (Enforcement Manual) (joint book of authorities, Vol. 4, Tab 113)). As this was not an issue before the Judge or this Court, I will assume for the purposes of this appeal only that this is so. I note however that this is an issue that will need to be resolved at some point in the future given our Court's decision in *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409, at paragraph 41.

[17] In *Hernandez v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 429, [2006] 1 F.C.R. 3 (*Hernandez*), Justice Snider determined that both an immigration officer and a delegate of the Minister have discretion under section 44, stating [at paragraph 42] that:

... I conclude that the scope of the discretion of an immigration officer under subsection 44(1) and of the Minister's delegate under subsection 44(2) is broad enough for them to consider the factors outlined in the relevant sections of the CIC procedural Manual. To the extent that some of these factors may touch upon humanitarian and compassionate considerations, I see no issue.

[18] It must be noted that *Hernandez* involved a permanent resident, not a foreign national, as was the case in *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409,

domaine n'est pas entièrement fixée, car la Cour d'appel fédérale n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer pleinement sur la question. Ainsi que la Cour d'appel [fédérale] l'a précisé dans l'arrêt *Canada (Sécurité publique et Protection civile) c. Tran*, 2015 CAF 237, [2016] 2 R.C.F. 459 [au paragraphe 12] :

Les deux parties conviennent que le délégué du ministre jouissait d'une certaine discrétion, quoique limitée, dans sa décision de déférer ou non pour enquête le dossier d'un résident permanent tel que M. Tran, même s'il était déterminé que ce dernier répondait au critère énoncé à l'alinéa 36(1)a) (*Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3, et le chapitre ENF 6 : « L'examen des rapports établis en vertu de la L44(1) », du *Guide opérationnel : Exécution de la loi (ENF)* de Citoyenneté et Immigration Canada (CIC) (Guide d'exécution de la loi) (recueil conjoint de jurisprudence et de doctrine, vol. 4, onglet 113)). Puisque cette question n'était pas en litige devant le juge ou la Cour, je vais supposer aux fins du présent appel que ceci est juste. Je remarque toutefois qu'il s'agit d'une question qui devra être examinée à une date ultérieure, compte tenu de la décision de la Cour dans l'arrêt *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409, au paragraphe 41.

[17] Dans la décision *Hernandez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 429, [2006] 1 R.C.F. 3 (*Hernandez*), la juge Snider a estimé que l'article 44 confère un certain pouvoir discrétionnaire tant à l'agent d'immigration qu'au délégué du ministre. Sur ce point, elle s'est exprimée en ces termes [au paragraphe 42] :

[...] je conclus que l'agent d'immigration, sous le régime du paragraphe 44(1), et le représentant du ministre, sous celui du paragraphe 44(2), jouissent d'un pouvoir discrétionnaire suffisant pour leur permettre d'examiner les facteurs énumérés dans les sections applicables du Guide de CIC en matière de procédure. Dans la mesure où ces facteurs peuvent faire intervenir des questions d'ordre humanitaire, je ne vois pas de problème.

[18] Il convient de souligner que le jugement *Hernandez* concernait un résident permanent et non un ressortissant étranger, comme c'était le cas dans l'arrêt *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de*

where the Federal Court of Appeal concluded [at paragraphs 35, 37 and 41] that:

... the wording of sections 36 and 44 of the Act and of the applicable sections of the Regulations does not allow immigration officers and Minister's delegates, in making findings of inadmissibility under subsections 44(1) and (2) of the Act in respect of persons convicted of serious or simple offences in Canada, any room to manoeuvre apart from that expressly carved out in the Act and the Regulations. Immigration officers and Minister's delegates are simply on a fact-finding mission, no more, no less. Particular circumstances of the person, the offence, the conviction and the sentence are beyond their reach. It is their respective responsibility, when they find a person to be inadmissible on grounds of serious or simple criminality, to prepare a report and to act on it.

...

... It is not the function of the immigration officer, when deciding whether or not to prepare a report on inadmissibility based on paragraph 36(2)(a) grounds, or the function of the Minister's delegate when he acts on a report, to deal with matters described in sections 25 (H&C considerations) and 112 (pre-removal risk assessment) of the Act (see *Correia*, at paragraphs 20 and 21; *Leong*, at paragraph 21; *Kim*, at paragraph 65; *Lasin v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1356, at paragraph 18).

...

I appreciate that before the Standing Committee the Minister and senior bureaucrats have expressed the view that personal circumstances of the offender would be considered at the front end of the process before any decision is taken to remove them from Canada (see *Hernandez*, at paragraph 18). I also appreciate that the Manual contains some statements to the same effect (see *Hernandez*, at paragraphs 20–23). However, these views and statements were all expressed or made in respect of permanent residents convicted of serious offences in Canada. No such assurances were given by specific reference to foreign nationals. I need not, therefore, decide what weight, if any, I would have given to such assurances in the circumstances of the present case. Whether weight was properly given to such assurances

*l'Immigration*), 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409, dans le cadre duquel la Cour d'appel fédérale a conclu [aux paragraphes, 35, 37 et 41] que :

[...] le libellé des articles 36 et 44 de la Loi et des dispositions applicables du Règlement n'accorde aucune latitude aux agents d'immigration et aux représentants du ministre lorsqu'ils tirent des conclusions quant à l'interdiction de territoire en vertu des paragraphes 44(1) et (2) de la Loi à l'égard de personnes déclarées coupables d'infractions de grande ou de simple criminalité, sauf pour ce qui est des exceptions prévues explicitement par la Loi et le Règlement. La mission des agents d'immigration et des représentants du ministre ne consiste qu'à rechercher les faits, rien de plus, rien de moins. La situation particulière de l'intéressé, l'infraction, la déclaration de culpabilité et la peine échappent à leur examen. Lorsqu'ils estiment qu'une personne est interdite de territoire pour grande ou simple criminalité, ils ont respectivement l'obligation d'établir un rapport et d'y donner suite.

[...]

[...] Il n'appartient pas à l'agent d'immigration, lorsqu'il décide d'établir ou non un rapport d'interdiction de territoire pour des motifs visés par l'alinéa 36(2)a), ou au représentant du ministre lorsqu'il y donne suite, de se pencher sur des questions visées par les articles 25 (motif d'ordre humanitaire) et 112 (examen des risques avant renvoi) de la Loi (voir *Correia*, aux paragraphes 20 et 21; *Leong*, au paragraphe 21; *Kim*, au paragraphe 65; *Lasin c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1356, au paragraphe 18).

[...]

Je sais que, devant le Comité permanent, le ministre et des hauts fonctionnaires ont exprimé l'avis que la situation personnelle du contrevenant serait prise en compte au stade initial du processus avant que soit prise la décision de le renvoyer du Canada (*Hernandez*, au paragraphe 18). Je sais également que certaines déclarations allant dans le même sens figurent dans le Guide (*Hernandez*, aux paragraphes 20 à 23). Ces avis et déclarations n'avaient trait, toutefois, qu'aux résidents permanents déclarés coupables de graves infractions au Canada. On n'a donné aucune assurance de même ordre visant spécifiquement les autres étrangers. Je n'ai donc pas à décider quel poids, le cas échéant, j'aurais donné à de telles assurances en l'espèce. Quant à savoir si on a accordé le poids approprié aux assurances données

in *Hernandez* (where the issue was the scope of the Minister's delegate's discretion to refer a report of inadmissibility in respect of permanent resident to the Immigration Division), is a question better left for another day. I note that questions were certified in *Hernandez*, but the appeal has been abandoned (A-197-05).

[19] More recently, the Federal Court of Appeal in *Bermudez v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FCA 131, [2017] 1 F.C.R. 128 (*Bermudez*), observed [at paragraph 44] that:

.... a number of decisions post *Hernandez*, including decisions involving permanent residents, have tended to significantly narrow the discretion contemplated at section 44 of the IRPA in *Hernandez (Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness))*, 2012 FC 1411, [2013] 4 F.C.R. 455; *Faci v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 693; *Richter v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806, [2009] 1 F.C.R. 675; *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship & Immigration)*, 2006 FC 990, 298 F.T.R. 267).

[20] It is helpful at this point, prior to assessing the reasonableness of the referral decision in this case, to summarize some of the relevant jurisprudence on the issue of whether an officer and the Minister's delegate have any discretion in the preparation and referral of a report under section 44 of the IRPA, and if so, the extent of any such discretion.

[21] As quoted above, *Hernandez* clearly states that an immigration officer as well as the Minister's delegate has discretion to consider humanitarian and compassionate grounds under section 44 of the IRPA.

[22] In contrast, in *Richter*, Justice Mosley stated [at paragraphs 12 and 14]:

As I noted in *Awed v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2006 FC 469], (2006), 46 Admin. L.R. (4th) 233 (F.C.), the purpose of an interview under sub-section 44(1) of the IRPA is "simply to confirm the facts that may support the formation of an opinion by the

dans la décision *Hernandez* (où la question en litige était la portée du pouvoir discrétionnaire du représentant du ministre de déférer à la Section de l'immigration une affaire concernant un résident permanent), il vaut mieux laisser cette question à trancher une autre fois. Je signale que des questions ont été certifiées dans la décision *Hernandez*, mais qu'il y a eu abandon d'appel (A-197-05).

[19] Dans un arrêt plus récent, la Cour d'appel fédérale a, dans *Bermudez c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CAF 131, [2017] 1 R.C.F. 128 (*Bermudez*), relevé [au paragraphe 44] que :

[...] la jurisprudence postérieure à la décision *Hernandez*, y compris des décisions rendues à l'égard de résidents permanents, a eu tendance à réduire de façon importante le pouvoir discrétionnaire prévu à l'article 44 de la LIPR envisagé par l'arrêt *Hernandez (Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile))*, 2012 CF 1411, [2013] 4 R.C.F. 455; *Faci c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2011 CF 693; *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 806, [2009] 1 R.C.F. 675; *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 990).

[20] Avant de résumer la jurisprudence touchant la question de savoir si un agent d'immigration et le délégué du ministre jouissent d'un certain pouvoir discrétionnaire lors de la préparation et de la remise du rapport prévu à l'article 44 de la LIPR, et, si c'est effectivement le cas, quelle serait l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire, il peut être utile de résumer une partie de la jurisprudence applicable.

[21] Ainsi que nous l'avons vu plus haut, il ressort clairement du jugement *Hernandez* que l'article 44 de la LIPR donne aussi bien à l'agent d'immigration qu'au délégué du ministre le pouvoir discrétionnaire de prendre en compte des considérations d'ordre humanitaire.

[22] À l'inverse, dans la décision *Richter*, le juge Mosley s'est exprimé en ces termes [aux paragraphes 12 et 14] :

Comme je l'ai souligné dans la décision *Awed c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 469, l'objet de l'entrevue tenue en application du paragraphe 44(1) de la LIPR est de « simplement confirmer les faits qui peuvent éventuellement amener

officer that a permanent resident or foreign national present in Canada is inadmissible” [at paragraph 18]. Where such facts are found to exist, the officer has a responsibility to prepare a report and is not empowered by the statute to exercise discretion.

...

In respect of the manager’s decision to refer the report pursuant to subsection 44(2), the Federal Court of Appeal held in *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* [2006 FCA 126], [2007] 1 F.C.R. 409, that the scope of discretion available to the Minister’s delegate was heavily dependant on the circumstances, including whether the person subject to referral was a permanent resident or foreign national. While a Minister’s delegate was found in *Cha* to have no discretion in the case of a foreign national convicted of a serious offence in Canada, the question was left open whether some minimal amount of discretion was available to the manager in deciding whether to refer the report to the Immigration Division with respect to a permanent resident, as in this case.

[23] In *Faci*, the Court stated [at paragraph 25]:

*Lee v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 158, and *Richter v Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 806 (affirmed by the Federal Court of Appeal), both indicate that the minister’s delegate may have some discretion to consider humanitarian and compassionate factors but that the decision under subsection 44(2) is not a full-blown humanitarian and compassionate review. The general consensus seems to be that the Act provides opportunities elsewhere for the applicant to raise H&C issues. [Emphasis in original.]

[24] In *Fabbiano v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1219, 470 F.T.R. 107, the Court stated [at paragraph 15]:

The role of the Minister’s delegate is to consider the evidence relevant to admissibility, and to exercise his or her discretion in the circumstances, which may include H&C factors (*Faci v Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2011 FC 693, at para 31). The latter are more significant in cases involving persons, like Mr Fabbiano, who are long-term permanent residents of Canada. According to departmental

l’agent à conclure que le résident permanent ou ressortissant étranger qui se trouve au Canada est interdit de territoire » [au paragraphe 18]. S’il est en présence de tels faits, l’agent doit établir un rapport et il n’est pas habilité par la LIPR à exercer un pouvoir discrétionnaire.

[...]

En ce qui concerne la décision du gestionnaire de déférer l’affaire conformément au paragraphe 44(2), la Cour d’appel fédérale a jugé dans l’arrêt *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)* [2006 CAF 126], [2007] 1 R.C.F. 409, que la portée du pouvoir discrétionnaire du délégué du ministre dépend en grande partie des circonstances, y compris de la question de savoir si le demandeur dont l’affaire pourrait être déferée est un résident permanent ou un étranger. La Cour d’appel a conclu dans l’arrêt *Cha* que la déléguée du ministre ne pouvait exercer aucun pouvoir discrétionnaire dans le cas d’un étranger déclaré coupable d’une infraction grave au Canada, mais elle a laissé en suspens la question de savoir si le gestionnaire disposait d’un pouvoir discrétionnaire minimale dans sa décision de déférer ou non le rapport à la Section de l’immigration dans le cas d’un résident permanent, comme en l’espèce.

[23] Dans la décision *Faci*, la Cour a déclaré [au paragraphe 25] que :

Il ressort des décisions *Lee c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 158, et *Richter c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2008 CF 806 (confirmée par la Cour d’appel fédérale), que le représentant du ministre peut disposer d’un certain pouvoir discrétionnaire pour tenir compte de facteurs d’ordre humanitaire, mais que la décision prise en application du paragraphe 44(2) n’est pas un véritable examen des considérations humanitaires. Il semble, de l’avis général, que la Loi prévoit ailleurs des possibilités pour le demandeur de soulever des questions d’ordre humanitaire. [Souligné dans l’original.]

[24] Dans la décision *Fabbiano c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1219, la Cour a déclaré [au paragraphe 15] que :

Le rôle du délégué du ministre est d’examiner la preuve pertinente concernant son interdiction de territoire et d’exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte des circonstances, notamment les considérations d’ordre humanitaire, le cas échéant (*Faci c Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2011 CF 693, au paragraphe 31). Celles-ci sont plus importantes dans les affaires intéressant des personnes

guidelines, a delegate should consider the person's age, the duration of his or her residence in Canada, family circumstances, conditions in the person's country of origin, the degree of the person's establishment in Canada, the person's criminal history, and his or her attitude (see Citizenship and Immigration Canada, "ENF 6 – Review of reports under A44(1)" at 19.2).

[25] In *Balan v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2015 FC 691, 482 F.T.R. 49, the Court noted [at paragraphs 26 and 27] that:

... It is true that this Court, in *Hernandez*, took the view that the Minister's discretion is somewhat broader when deciding whether to refer a permanent resident convicted of serious offences in Canada to the ID. Unfortunately, the certified question pertaining to that issue was left unanswered as a result of the appeal having been abandoned, and the Federal Court of Appeal in *Cha* thought it best to leave that question for another day. Be that as it may, it is probably safe to say that the Minister's discretion is relatively narrow under section 44, if only because paragraph 36(1)(a) does not call for much judgment in its implementation. That section is met as soon as a permanent resident or foreign national has either been convicted in Canada of an offence with a maximum term of at least 10 years or of an offence for which a term of imprisonment of more than six months has been imposed.

...

To the extent that sections 36(1)(a) and 44(1) allow a residual discretion for the immigration officer to take into account humanitarian and compassionate considerations, they have been considered. The Officer extensively summarized the Applicant's submissions in this respect and obviously turned his mind to them.

[26] More recently, in *Pham v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 824, the Court observed [at paragraph 18] that:

In deciding whether the case must be referred to the ID, the Minister's delegate did not conduct an in-depth review of the humanitarian and compassionate

qui, comme M. Fabbiano, sont des résidents permanents établis depuis longtemps au Canada. Selon les directives ministérielles, le délégué doit tenir compte de l'âge de l'intéressé, de la durée de sa résidence au Canada, de ses circonstances familiales, des conditions dans son pays d'origine, de son degré d'établissement au Canada, de ses antécédents criminels et de son attitude (voir Citoyenneté et Immigration Canada, « ENF 6 – Examen des rapports établis en vertu de la L44(1) » à 19.2).

[25] Dans la décision *Balan c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2015 CF 691, la Cour a précisé [aux paragraphes 26 et 27] que :

[...] Il est vrai que, dans la décision *Hernandez*, la Cour avait déclaré que le pouvoir discrétionnaire du ministre était un peu plus large lorsqu'il décidait de déférer devant la SI un résident permanent déclaré coupable d'infractions graves commises au Canada. Malheureusement, aucune réponse n'a été apportée à la question certifiée portant sur cette question, parce que l'appel avait fait l'objet d'un désistement et que, dans l'arrêt *Cha*, la Cour d'appel fédérale a jugé préférable de remettre à une autre fois l'examen de cette question. Quoi qu'il en soit, il semble possible d'affirmer que le pouvoir discrétionnaire confié au ministre dans le cadre de l'article 44 est relativement restreint, ne serait-ce que parce que l'alinéa 36(1)a) n'accorde pas une grande latitude pour sa mise en œuvre. Cette disposition prend effet dès qu'un résident permanent ou un étranger a été déclaré coupable au Canada d'une infraction punissable d'un emprisonnement maximal d'au moins 10 ans ou d'une infraction pour laquelle un emprisonnement de plus de six mois a été infligé.

[...]

Dans la mesure où l'alinéa 36(1)a) et le paragraphe 44(1) accordent un pouvoir discrétionnaire résiduaire à l'agent d'immigration pour qu'il tienne compte des motifs d'ordre humanitaire, ces motifs ont été pris en compte. L'agent a résumé de façon détaillée les observations du demandeur sur ce point et il en a manifestement tenu compte.

[26] Plus récemment, dans la décision *Pham c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 824, la Cour a fait remarquer [au paragraphe 18] que :

Le représentant du ministre, en décidant si l'affaire doit être déférée à la SI n'a pas à procéder à un examen approfondi des considérations d'ordre humanitaire. Ainsi,

considerations. Therefore, although the Minister's delegate is allowed a residual discretion to take into account humanitarian and compassionate considerations (*Balan*, above, at paragraph 27; *Richter*, above), the decision made by the Minister's delegate under subsection 44(2) of the IRPA is not a full in-depth review of the humanitarian and compassionate considerations (*Faci*, above, at paragraph 25). Insofar as the Minister's delegate had this residual discretion, he considered these reasons in a reasonable manner.

[27] As noted by the Federal Court of Appeal in *Bermudez*, decisions subsequent to *Hernandez* have narrowed the scope of discretion as articulated in *Hernandez*. For example, in *Rosenberry v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 882, 374 F.T.R. 116 (*Rosenberry*), a case involving two citizens of the United States, the Court stated [at paragraph 36] that:

The substance of the decision did not require the Minister's delegate to consider the H&C application or H&C factors at all. Under section 44 immigration officials are simply involved in fact-finding. They are under an obligation to act on facts indicating inadmissibility. It is not the function of such officers to consider H&C factors or risk factors that would be considered in a pre-removal risk assessment. This was recently confirmed in *Cha v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FCA 126, [2007] 1 F.C.R. 409 at paragraphs 35 and 37.

[28] In *Finta v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1127, 419 F.T.R. 8, at paragraph 38, a case involving a foreign national, Justice O'Keefe reiterated his remarks in *Rosenberry*, stating that "H&C factors are not relevant to the section 44 admissibility process."

[29] In *Nagalingam v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FC 1411, [2013] 4 F.C.R. 455, the Court concluded [at paragraphs 34 and 35] that:

... the jurisprudence favours a more restrictive approach to the discretion that an officer or a Minister's delegate

bien que le représentant du ministre puisse avoir un pouvoir discrétionnaire résiduaire de prendre en compte des motifs d'ordre humanitaire (*Balan*, ci-dessus au para 27; *Richter*, ci-dessus), la prise de décision du représentant du ministre au paragraphe 44(2) de la LIPR n'est pas un véritable examen approfondi des considérations d'ordre humanitaire (*Faci*, ci-dessus au para 25). Dans la mesure où le représentant du ministre avait ce pouvoir discrétionnaire résiduaire, il a raisonnablement pris en compte ces motifs.

[27] Ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a relevé dans l'arrêt *Bermudez*, les décisions rendues après *Hernandez* ont restreint la portée du pouvoir discrétionnaire dégagé dans *Hernandez*. C'est ainsi, par exemple, que dans la décision *Rosenberry c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 882 (*Rosenberry*), affaire impliquant deux ressortissants des États-Unis, la Cour a déclaré [au paragraphe 36] que :

Le fond de la décision n'obligeait pas la déléguée du ministre à tenir compte de la demande fondée sur des considérations d'ordre humanitaire ni, d'ailleurs, d'aucun facteur d'ordre humanitaire. Lorsqu'ils appliquent l'article 44, les agents d'immigration ne font que rechercher les faits. Ils sont tenus de prendre des mesures quand les faits indiquent qu'un étranger est interdit de territoire. Il n'appartient pas à ces agents d'examiner des considérations d'ordre humanitaire ni des facteurs de risque qui seraient pris en compte dans l'examen des risques avant renvoi. Ce principe a récemment été confirmé dans *Cha c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CAF 126, [2007] 1 R.C.F. 409, aux paragraphes 35 et 37.

[28] Dans la décision *Finta c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1127, [2012] A.C.F. n° 1214 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 38, affaire impliquant un ressortissant étranger, le juge O'Keefe a réitéré ce qu'il avait dit dans l'arrêt *Rosenberry*, estimant que « les considérations d'ordre humanitaire ne sont pas pertinentes pour le processus d'enquête au titre de l'article 44 ».

[29] Dans la décision *Nagalingam c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CF 1411, [2013] 4 R.C.F. 455, la Cour a conclu [aux paragraphes 34 et 35] que :

[...] la jurisprudence favorise une approche plus restrictive pour ce qui concerne la liberté d'un agent

has in considering mitigating or H&C factors at the section 44 level (*Cha*, above; *Awed*, above; *Richter*, above; *Correia*, above).

Based on the jurisprudence noted above and the circumstances of this case, the Court cannot conclude that the duty of fairness in a case like this one requires the officer to allow for submissions prior to the issuance of a subsection 44(1) report, or that the officer should, or even could, consider humanitarian and compassionate grounds. The fact that the Minister's delegate would not consider H&C factors during this interview is consistent with the majority of the jurisprudence on this issue, and consistent with the Federal Court of Appeal's decisions. Therefore, the Court finds no breach in procedural fairness that warrants its intervention.

[30] In *Kidd v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2016 FC 1044, the Court determined that the Minister's delegate has some discretion, but not the obligation, to consider the factors set forth in the Manual in determining whether to refer an inadmissibility report concerning a permanent resident to the Immigration Division [at paragraphs 33 and 34]:

Although the Minister's delegate has some discretion in whether to refer the case to the ID, this discretion is limited by the legislation. The Minister's delegate's decision is not required to include humanitarian considerations. Subsection 25(1) of the IRPA does not directly apply, and the fact that the children may be affected by the Minister's delegate's decision does not create a specific obligation or result (*Cha* at paragraph 38).

Moreover, while the Guide does contain a list of factors, this list is not exhaustive, and the Minister's delegate is not required to consider any of the items specifically as part of the evidence. The Minister's delegate therefore has discretionary power, and not an obligation, to consider the factors listed in the Guide (*Faci* at paragraph 63). Yet the decision itself shows that the Minister's delegate considered all of the factors at play. In fact, nothing in the decision indicates or suggests that the Minister's delegate failed to consider the relevant factors in his analysis.

d'immigration ou d'un représentant du ministre de prendre en compte des circonstances atténuantes ou des considérations humanitaires dans une procédure engagée selon l'article 44 (*Cha*, précité; *Awed*, précitée; *Richter*, précitée; *Correia*, précitée).

Eu égard à la jurisprudence susmentionnée et aux circonstances de la présente affaire, la Cour ne peut conclure que l'obligation d'équité dans un cas comme celui-ci contraint l'agent à recevoir des observations avant d'établir un rapport selon le paragraphe 44(1), et elle ne peut conclure non plus que l'agent devrait, ou même pourrait, considérer des motifs d'ordre humanitaire. Le représentant du ministre n'a pas à prendre en compte des questions d'ordre humanitaire durant l'entrevue menée selon l'article 44, et cette position s'accorde avec la jurisprudence dominante sur la question, ainsi qu'avec les arrêts de la Cour d'appel fédérale. La Cour conclut donc qu'il n'y a eu aucun manquement à l'équité procédurale pouvant justifier son intervention.

[30] Dans la décision *Kidd c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2016 CF 1044, la Cour a jugé que le délégué du ministre jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire, mais qu'il n'est pas tenu de se pencher sur les facteurs énumérés dans le Guide pour décider s'il y a lieu ou non de déférer à la Section de l'immigration un rapport d'interdiction de territoire visant un résident permanent [aux paragraphes 33 et 34] :

Bien que le délégué du ministre dispose d'une certaine discrétion pour déférer le dossier devant la SI, cette discrétion est limitée par la loi. D'abord, la décision du délégué du ministre n'a pas à examiner les considérations humanitaires. L'article 25(1) de la LIPR ne trouve pas directement application, et le fait que des enfants puissent être affectés par la décision du délégué du ministre n'entraîne pas d'obligation ou de résultat particulier (*Cha* au para 38).

Par ailleurs, si le Guide contient effectivement une liste de facteurs, cette liste n'est pas exhaustive et ne contient pas d'éléments obligatoires à être considérés dans la pondération de la preuve faite par le délégué du ministre. Le délégué du ministre a ainsi le pouvoir discrétionnaire, et non l'obligation, de prendre en considération les facteurs énoncés dans le Guide (*Faci* au para 63). Or, il appert de la décision elle-même que le délégué du ministre a soupesé l'ensemble des facteurs en jeu. En fait, rien dans la décision n'indique ou ne suggère ici que le délégué du ministre a omis de prendre en considération les facteurs pertinents dans son analyse.

[31] In *Spencer v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 990, 298 F.T.R. 267 (*Spencer*), the Court concluded [at paragraphs 15–17] that:

The jurisprudence is inconclusive as to the influence the factors outlined in the Policy Manual should have on the officer’s discretion. Regardless of the aforementioned inconclusiveness, I am of the opinion that officers can take the Policy Manual factors into consideration when making a decision pursuant to subsection 44(1) of the Act, but it is not their duty to do so.

In the present matter, contrary to the assertions of the applicant, I am of the opinion that the officer did take into consideration humanitarian and compassionate factors and that his decision was not solely based on the applicant’s criminal acts. The officer wrote the following:

The writer is sensitive to the best interests of subject’s Canadian-born children in this case, given that subject will not have the right to appeal if ordered deported from Canada. The writer believes that the serious nature of the offence far outweighs any consideration to be given to the children. The writer notes that the children’s father has himself relocated to Jamaica, and would apparently be able to continue to provide the financial support he currently provides to them. While subject has been incarcerated, the children have been in the care of subject’s mother. These conclusions are supported fully in paragraphs 46 and 47 of the Ontario Court of Appeal decision attached.

(officer’s narrative report, Tribunal record at pages 3 and 4.)

In light of the above, I find that the officer did not err in the exercise of his discretion. The officer’s notes, which are being relied upon as reasons, disclose that all of the relevant factors were considered prior to the applicant’s referral to a hearing.

[32] It warrants note that the discretion afforded to a Minister’s delegate under subsection 44(2) of the IRPA is clearly recognized in the Manual, where it is stated that the delegate has authority, even if the subsection 44(1) report is well founded, “not to refer the report to the Immigration Division for an admissibility hearing” but, instead, send “a warning letter” advising that “a decision could be made to refer the report at a later date.”

[31] Dans la décision *Spencer c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 990 (*Spencer*), la Cour a conclu [aux paragraphes 15 à 17] que :

La jurisprudence n’est pas concluante quant à l’influence des facteurs décrits dans le Guide des politiques sur le pouvoir discrétionnaire de l’agent. Néanmoins, je suis d’avis que les agents peuvent tenir compte des facteurs décrits dans le Guide des politiques en prenant une décision conformément au paragraphe 44(1) de la Loi, mais qu’ils ne sont pas tenus de le faire.

En l’espèce, contrairement aux affirmations de la demanderesse, je suis d’avis que l’agent a bien tenu compte de facteurs d’ordre humanitaire et que sa décision n’était pas seulement fondée sur les actes criminels de la demanderesse. L’agent a écrit ce qui suit :

[TRADUCTION] Le rédacteur est sensible à l’intérêt supérieur des enfants de la partie intéressée nés au Canada puisque cette partie n’aura pas le droit d’interjeter appel si une mesure d’expulsion du Canada est prise contre elle. Le rédacteur estime que la gravité de l’infraction l’emporte et de loin, sur toute considération relativement aux enfants. Le rédacteur constate que le père des enfants est lui-même retourné en Jamaïque et qu’il serait apparemment capable de continuer de les aider financièrement comme il le fait. Pendant que la partie était incarcérée, les enfants ont été pris en charge par la mère de la partie. Ces conclusions sont appuyées par les paragraphes 46 et 47 de la décision de la Cour d’appel de l’Ontario annexée aux présentes.

(rapport circonstancié de l’agent, dossier du tribunal aux pages 3 et 4.)

Par conséquent, j’estime que l’agent n’a pas commis d’erreur dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire. Les notes de l’agent, sur lesquelles les motifs sont fondés, révèlent que tous les facteurs pertinents ont été pris en compte avant que l’affaire ne soit déférée pour enquête.

[32] Il convient de souligner que le Guide reconnaît nettement le pouvoir discrétionnaire qu’accorde au délégué du ministre le paragraphe 44(2) de la LIPR. Selon le Guide, en effet, le délégué peut, même si le rapport établi au titre du paragraphe 44(1) est fondé, « ne pas le déférer à la Section de l’immigration pour enquête », mais simplement envoyer « une lettre d’avertissement » informant l’intéressé qu’« une décision pourrait être prise de déférer le cas à une date ultérieure ».

[33] In determining whether a subsection 44(1) report involving a permanent resident should be referred to the Immigration Division, the Manual suggests that a Minister's delegate may consider a list of various non-exhaustive factors, such as: age at time of landing; whether the permanent resident was a child or an adult at the time of admission to Canada; length of residence; location of family support and responsibilities; whether family members in Canada are emotionally or financially dependent on the permanent resident; whether all extended family members are in Canada; conditions in home country; whether there are any special circumstances in the likely country of removal, such as civil war or a major natural disaster; the degree of establishment; whether the permanent resident is financially self-supporting, employed or employable; whether the permanent resident has received social assistance; whether the permanent resident has been convicted for any prior criminal offence; whether the permanent resident has been cooperative and forthcoming with information; whether a warning letter has been previously issued; and whether the permanent resident is remorseful and accepts responsibility for their actions.

[34] In view of the foregoing, I arrive at the following conclusions:

1. There is conflicting case law as to whether an immigration officer has any discretion under subsection 44(1) of the IRPA beyond that of simply ascertaining and reporting the basic facts which underlie an opinion that a permanent resident in Canada is inadmissible.
2. Nevertheless, the jurisprudence and the Manual do suggest that a Minister's delegate has a limited discretion, when deciding whether to refer a report of inadmissibility to the Immigration Division pursuant to subsection 44(2) or to issue a warning letter, to consider H&C factors, including the best interests of a child, at least in cases where a permanent resident, as opposed to a foreign national, is concerned.

[33] D'après le Guide, lorsqu'il s'agit de décider si un rapport établi au titre du paragraphe 44(1) concernant un résident permanent devrait ou non être déféré à la Section de l'immigration, le délégué du ministre peut prendre en compte divers facteurs énumérés de manière non exhaustive dans le Guide, tel que : l'âge au moment de l'établissement; la question de savoir si le résident permanent était adulte ou non au moment de son admission au Canada; la durée de sa résidence; la provenance du soutien familial et responsabilités; la question de savoir si les membres de la famille au Canada dépendent émotionnellement ou financièrement du résident permanent; la question de savoir si tous les membres de la famille élargie se trouvent au Canada; les conditions dans le pays d'origine; l'existence de circonstances spéciales dans le pays de destination prévue, telle qu'une guerre civile ou une catastrophe naturelle majeure; le degré d'établissement; la question de savoir si le résident permanent est autonome sur le plan financier et s'il occupe un emploi ou a un métier ou des compétences monnayables; le résident permanent a-t-il touché des prestations d'aide sociale; a-t-il déjà été déclaré coupable d'une infraction criminelle; le résident permanent a-t-il collaboré et fourni les renseignements demandés; lui a-t-on déjà envoyé une lettre d'avertissement; a-t-il des remords et se montre-t-il responsable de ses actes.

[34] Compte tenu de ce qui précède, j'arrive aux conclusions suivantes :

1. La jurisprudence n'est pas unanime sur la question de savoir si, en vertu du paragraphe 44(1) de la LIPR, un agent d'immigration jouit d'un pouvoir discrétionnaire limité qui ne l'autorise qu'à établir et exposer les faits permettant d'affirmer qu'un résident permanent du Canada est interdit de territoire.
2. La jurisprudence et le Guide portent cependant à dire qu'en vertu du paragraphe 44(2), le délégué du ministre, lorsqu'il doit décider de déférer ou non à la Section de l'immigration un rapport d'interdiction de territoire, ou d'émettre une lettre d'avertissement, jouit d'un certain pouvoir discrétionnaire lui permettant de prendre en compte des considérations d'ordre humanitaire, y compris l'intérêt supérieur d'un enfant, du moins lorsqu'il

- s'agit d'un résident permanent et non d'un ressortissant étranger.
3. Although the Minister's delegate has discretion to consider such factors, there is no obligation or duty to do so.
  4. However, where H&C factors are presented to a delegate of the Minister, the delegate's consideration of the H&C factors should be reasonable in the circumstances of the case, and in cases where a delegate rejects such factors, the reasons for rejection should be stated, even if only briefly.
  5. The consideration of H&C factors by the Minister's delegate in respect of a permanent resident need not be, in my view, as extensive as or comparable to an analysis of such factors under subsection 25(1) of the IRPA in order to be reasonable; it need not be so because that would usurp the role and purpose of that subsection.
3. Bien que le délégué du ministre puisse prendre de tels facteurs en compte en vertu de son pouvoir discrétionnaire, il n'est aucunement tenu de le faire.
  4. Dans les cas, cependant, où des facteurs d'ordre humanitaire sont portés à l'attention d'un délégué du ministre, celui-ci doit se pencher sur ces facteurs d'une manière qui soit raisonnable compte tenu des circonstances de l'affaire, et s'il les écarte, il devrait, ne serait-ce que brièvement, indiquer pourquoi.
  5. Pour être considéré comme raisonnable, l'examen que le délégué du ministre fait des considérations d'ordre humanitaire invoquées par un résident permanent n'a pas, selon moi, à être aussi poussé que l'analyse prévue au paragraphe 25(1) de la LIPR, car ce paragraphe n'aurait, autrement, aucune raison d'être.

[35] The officer in this case summarized the “previously unknown information” in just one sentence: “DISCUA’s provides his family financial support through his gainful employment, his mother, brother, and two minor sisters live in Canada, he has an unborn child who is due in August 2016, and he expresses remorse for the offenses that he committed”. Immediately after this sentence, the officer wrote: “After reviewing all relevant information and submissions, due [to] the seriousness of the offenses committed, I continue to recommend that DISCUA be convoked to an Admissibility Hearing for the 36(1) allegation”. The delegate concurred with the officer’s report and noted that he had “reviewed and considered” the applicant’s submissions.

[35] Or, en l’occurrence, l’agent a résumé, en une seule phrase, [TRADUCTION] « les renseignements qui n’avaient pas, avant cela, été portés à notre connaissance ». Il précise simplement en effet que [TRADUCTION] « grâce à son emploi, M. DISCUA peut subvenir financièrement aux besoins de sa famille, c’est-à-dire de sa mère, de son frère et de ses deux sœurs mineures qui, tous, vivent au Canada. Il attend un enfant qui devrait naître en août 2016, et il a exprimé des remords pour les infractions qu’il a commises ». Immédiatement après cette phrase, l’agent écrit : [TRADUCTION] « Après examen des arguments avancés par M. DISCUA, et des renseignements pertinents, compte tenu de la gravité des infractions en cause, je persiste à recommander que M. DISCUA soit convoqué à une enquête concernant l’allégation formulée au titre du paragraphe 36(1) ». Le délégué a souscrit au rapport de l’agent, précisant qu’il avait [TRADUCTION] « examiné et pris en compte » les arguments présentés par le demandeur.

[36] I find the referral decision in this case to be unreasonable because the officer’s written reasons and the delegate’s concurrence with those reasons are

[36] J’estime qu’en occurrence la décision de déférer le cas à la Section de l’immigration est déraisonnable, car on ne trouve, dans les motifs écrits de l’agent, et

completely devoid of any analysis whatsoever of the H&C factors raised by the applicant, notably as to those in relation to the best interests of the applicant's younger sisters and unborn child. Indeed, nowhere in the officer's report or the delegate's comments is there even any mention of these factors. Upon review of the reasons for the referral decision, I cannot understand why the delegate made the decision he did in the face of the H&C factors raised by the applicant.

[37] Even if the applicant's submissions may have required further detail, this Court on judicial review cannot speculate as to why the officer and, in turn, the delegate rejected the applicant's submissions which were clearly before them. This is not a case like *Spencer* where the officer's narrative report at least noted being "sensitive to the best interests of subject's Canadian-born children". In this case, the only mention whatsoever of the applicant's younger sisters and unborn child is in the one sentence summary of the "previously unknown information". There is not even a perfunctory statement that such interests were considered, let alone acknowledged, identified or assessed in any manner whatsoever.

[38] In the circumstances of this case, it was insufficient and unreasonable for the delegate to simply and only state that the applicant's submissions had been "reviewed and considered". Neither the delegate nor, for that matter, the officer provided any explanation as to why the applicant's submissions were insufficient. The decision in this case is such that it is not possible to determine whether the delegate reviewed and considered the applicant's submissions in a reasonable manner because neither the delegate nor the officer offered any meaningful explanation as to why the applicant's submissions were rejected.

[39] It is true that the delegate concurred with the officer's statement that "due [to] the seriousness of the offenses committed", the applicant should be referred for an admissibility hearing. However, the seriousness

dans l'acquiescement du délégué, aucune analyse des considérations d'ordre humanitaire invoquées par le demandeur, et en particulier des considérations fondées sur l'intérêt supérieur des jeunes sœurs du demandeur, ainsi que de son enfant à naître. On ne trouve pas, dans le rapport de l'agent ou dans les observations faites par le délégué, la moindre mention de ces facteurs. Après examen des motifs de la décision de renvoi, je ne comprends pas pourquoi, compte tenu des considérations d'ordre humanitaire invoquées par le demandeur, le délégué a pu se prononcer comme il l'a fait.

[37] Il se peut que les arguments avancés par le demandeur aient appelé un complément d'information, mais, dans le cadre de la présente demande de contrôle judiciaire, la Cour ne peut pas se livrer à des suppositions quant à ce qui aurait porté l'agent, puis le délégué, à écarter les arguments que faisait valoir le demandeur. Dans la décision *Spencer*, l'agent avait, dans son rapport circonstancié, tout de même précisé qu'il était « sensible à l'intérêt supérieur des enfants de la partie intéressée nés au Canada ». Or, en l'occurrence, la seule mention qui soit faite des jeunes sœurs du demandeur, et de son enfant à naître, se trouve dans la phrase résumant les [TRADUCTION] « renseignements qui n'avaient pas, avant cela, été portés à notre connaissance ». Pas la moindre mention, même sommaire, du fait que l'intérêt des enfants aurait été pris en compte, et encore moins que leur intérêt ait été tant soit peu reconnu, ou évalué.

[38] Compte tenu des circonstances de l'espèce, il était, de la part du délégué, à la fois insuffisant et déraisonnable de simplement indiquer que les arguments avancés par le demandeur avaient été [TRADUCTION] « examinés et pris en compte ». Ni l'agent ni le délégué n'ont expliqué pourquoi les arguments du demandeur avaient été jugés insuffisants. Compte tenu de la décision en cause, on ne peut pas savoir en l'espèce si le délégué s'est penché de manière raisonnable sur les arguments avancés par le demandeur, étant donné que ni le délégué ni l'agent n'expliquent pourquoi les arguments du demandeur ont été écartés.

[39] Il est vrai que le délégué s'est dit d'accord avec l'agent qui estimait que [TRADUCTION] « compte tenu de la gravité des infractions commises », le demandeur devrait voir son cas déféré pour enquête. Or, la gravité

of the offences committed is not, in and of itself, a reason to reject and not engage, even if briefly, with the applicant's submissions except to the extent of simply acknowledging that they had been reviewed and considered. The seriousness of the offences committed was stated as a standalone conclusion for which no reasons were stated as to why this factor outweighed the various H&C factors raised by the applicant. The referral decision is unbalanced in this regard and, consequently, unintelligible and cannot be justified in respect of the facts and the law.

#### IV. Conclusion

[40] The referral decision in this case is not reasonable and, accordingly, must be set aside and the matter returned to a different delegate of the Minister. The referral notice under subsection 44(2) of the IRPA for an admissibility hearing dated April 14, 2016 is quashed.

[41] Neither party raised a question of general importance, so no such question is certified.

### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that: the application for judicial review is allowed; the decision of the delegate of the Minister of Public Safety and Emergency Preparedness dated April 14, 2016 is set aside and the matter is returned for redetermination by a different delegate in accordance with the reasons for this judgment; the delegate's issuance of a notice of referral notice under subsection 44(2) of the *Immigration and Refugee Protection Act* for an admissibility hearing dated April 14, 2016 is set aside; and no question of general importance is certified.

des infractions commises ne suffit pas en soi à écarter, sans les évoquer, ne serait-ce que brièvement, les arguments du demandeur, en ne faisant que mentionner qu'ils ont été examinés et pris en compte. La gravité des infractions commises est en l'espèce l'unique conclusion avancée, sans le moindre motif expliquant pourquoi ce facteur devrait l'emporter sur les diverses considérations d'ordre humanitaire invoquées par le demandeur. La décision de renvoi est donc déséquilibrée. Elle est, par voie de conséquence, non intelligible et ne se justifie pas au regard des faits et du droit.

#### IV. Conclusion

[40] En l'occurrence, la décision de renvoi n'est pas raisonnable et elle doit donc être infirmée et l'affaire doit être renvoyée à un autre délégué du ministre. L'avis de renvoi pour enquête, fondé sur le paragraphe 44(2) de la LIPR, en date du 14 avril 2016, est annulé.

[41] Ni l'une ni l'autre des parties n'ayant proposé de question à certifier, aucune question n'est certifiée.

### JUGEMENT

LA COUR STATUE que : la demande de contrôle judiciaire est accueillie; la décision du délégué du ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile, en date du 14 avril 2016, est infirmée et l'affaire est renvoyée à un autre délégué pour nouvelle décision, conformément aux motifs du présent jugement; l'avis de renvoi pour enquête, en date du 14 avril 2016, émis par le délégué au titre du paragraphe 44(2) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, est infirmé; aucune question grave de portée générale n'est certifiée.

T-757-14  
2016 FC 1154

T-757-14  
2016 CF 1154

**Helen Daley** (*Applicant*)

**Helen Daley** (*demanderesse*)

v.

c.

**Attorney General of Canada** (*Respondent*)

**Procureur général du Canada** (*intimé*)

and

et

**Privacy Commissioner of Canada** (*Intervener*)

**Commissaire à la protection de la vie privée du Canada** (*intervenant*)

**INDEXED AS: DALEY v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**RÉPERTORIÉ : DALEY c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

Federal Court, Tremblay-Lamer J.—Ottawa, September 12 and October 17, 2016.

Cour fédérale, juge Tremblay-Lamer—Ottawa, 12 septembre et 17 octobre 2016.

*Privacy — Privacy Act — Judicial review of report of findings issued by Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPC), of OPC's reconsideration decision respecting complaint against Canada Revenue Agency (CRA) — Applicant, lawyer in private practice, occasionally retained by CRA for litigation — CRA investigating individual (accused) criminally prosecuted for tax evasion — Applicant providing other lawyer representing foreign witness in accused's criminal case with transcript of foreign witness' interview during CRA investigation — Later learning found to have violated Privacy Act (Act) following complaint filed by accused about disclosure of transcript — Applicant asking OPC to reopen investigation into complaint but request denied — OPC concluding that CRA could not rely on Income Tax Act (ITA), s. 241(3)(b) as authority for disclosure of taxpayer information in present case; no basis for disclosure of personal information under Act, s. 8(2) — Principal issues: whether OPC breaching rules of natural justice, duty of fairness toward applicant; whether OPC erring in concluding that applicant's disclosure unauthorized under Act, ITA — OPC not exempt from notifying or allowing third parties potentially affected by decision to make representations — Act, ss. 31, 33 not displacing common law duty to notify persons who may be significantly, directly affected by decision — Applicant should have been notified, given opportunity to make representations in course of investigation since her conduct under scrutiny, professional reputation at stake — Therefore, OPC violating rules of procedural fairness in not affording applicant opportunity to be heard — Interaction between Act, other Acts of Parliament as contemplated by Act, s. 8(2)(b) examined — OPC must consider other decision maker's interpretation of ITA, s. 241(3)(b) but record not indicating OPC considering CRA's position on proper interpretation thereof — OPC erring in ignoring*

*Protection des renseignements personnels — Loi sur la protection des renseignements personnels — Contrôle judiciaire d'un rapport de conclusions émis par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP) et d'une décision du CPVP découlant d'un réexamen d'une plainte déposée contre l'Agence du revenu du Canada (ARC) — La demanderesse est une avocate en pratique privée dont les services sont retenus à l'occasion par l'ARC aux fins de litiges — L'ARC a mené une enquête sur une personne (l'accusé) qui était poursuivie au pénal pour fraude fiscale — La demanderesse a fourni à un autre avocat qui représentait un témoin étranger dans le cadre de la poursuite au pénal de l'accusé une transcription d'une entrevue réalisée auprès du témoin étranger durant l'enquête de l'ARC — La demanderesse a appris plus tard qu'il fut établi qu'elle avait violé des dispositions de la Loi sur la protection des renseignements personnels (la Loi) après qu'une plainte a été déposée par l'accusé quant à la divulgation de la transcription — La demanderesse a demandé au CPVP de rouvrir l'enquête sur la plainte, mais sa demande a été refusée — Le CPVP a conclu que l'ARC ne pouvait pas, en l'espèce, invoquer l'art. 241(3)(b) de la Loi de l'impôt sur le revenu (la LIR) pour autoriser la communication des renseignements relatifs à un contribuable; la communication de renseignements personnels en vertu de l'art. 8(2) de la Loi était sans fondement — Il s'agissait de savoir principalement si le CPVP a violé les règles de justice naturelle et a manqué à son devoir d'agir équitablement à l'endroit de la demanderesse et si le CPVP a commis une erreur en concluant que la divulgation par la demanderesse n'était pas autorisée en vertu de la Loi et de la LIR — Le CPVP n'était pas dispensé d'aviser ou d'autoriser des tiers qui pourraient être éventuellement concernés par sa décision de présenter leurs observations — Les arts. 31 et 33 de la Loi*

*factual, legal context of proceedings between accused, foreign witness — Thus, OPC erroneously interpreting ITA, s. 241(3)(b) — Application allowed.*

This was an application for judicial review of a report of findings issued by the Office of the Privacy Commissioner of Canada (OPC) and of a reconsideration decision rendered by the same respecting a complaint against the Canada Revenue Agency (CRA). The applicant is a partner at a Toronto law firm and occasionally retained by the CRA for litigation. The CRA investigated an individual (accused) who was criminally prosecuted for tax evasion. During the course of pre-trial proceedings, the accused obtained the names of the prosecutor's witnesses and began contacting and threatening them with legal proceedings. The applicant was retained by the CRA to defend a CRA investigator against the accused's actions before several regulatory and civil tribunals. At the request of another lawyer representing a foreign witness in the criminal case, the applicant provided that lawyer with a transcript regarding the foreign witness' interview during the CRA's investigation in the accused's case. Several years later, the applicant learned that she had been found to have violated the *Privacy Act* (Act) following a complaint filed by the accused relating to the disclosure of the transcript. The applicant contacted the OPC in particular to express her concerns of not having been informed of the complaint nor given the chance to respond to the accused's allegations. She asked that the investigation into the complaint be re-opened. The applicant was subsequently invited to submit further information on the public nature of the information transmitted to the other lawyer to whom she had sent the transcript. However, she was later advised that there were insufficient grounds to re-open the complaint investigation and the matter was closed.

*n'écartent pas l'obligation de common law d'aviser les personnes qui pourraient être concernées directement et de façon importante par la décision — La demanderesse aurait dû être avisée et avoir l'occasion de présenter des observations dans le cadre de l'enquête étant donné que sa conduite faisait l'objet d'un examen et que sa réputation professionnelle était en jeu — Par conséquent, le CPVP a violé les règles d'équité procédurale en n'accordant pas à la demanderesse l'occasion d'être entendue — L'interaction entre la Loi et d'autres lois du Parlement comme le prévoit l'art. 8(2)b) de la Loi a été examinée en l'espèce — Le CPVP doit tenir compte de l'interprétation de l'art. 241(3)b) de la LIR par une autre instance, mais le dossier n'indiquait pas si le CPVP a tenu compte de la position de l'ARC sur la bonne interprétation à donner à cet article — Le CPVP a commis une erreur en ne tenant pas compte du contexte factuel et juridique des procédures judiciaires entre l'accusé et le témoin étranger — Par conséquent, le CPVP a mal interprété l'art. 241(3)b) de la LIR — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire d'un rapport de conclusions émis par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (CPVP) et d'une décision rendue par celui-ci à l'égard d'une plainte déposée contre l'Agence du revenu du Canada (ARC). La demanderesse est une associée au sein d'un cabinet d'avocats à Toronto dont les services sont retenus à l'occasion par l'ARC aux fins de litiges. L'ARC a mené une enquête sur une personne (l'accusé) qui était poursuivie au pénal pour fraude fiscale. Durant la procédure préalable au procès, l'accusé a obtenu les noms des témoins du procureur et a commencé à communiquer avec eux et à les menacer de les poursuivre en justice. Les services de la demanderesse ont été retenus par l'ARC pour assurer la défense d'un enquêteur de l'ARC contre les actions intentées par l'accusé devant plusieurs tribunaux administratifs et civils. À la demande d'un autre avocat qui représentait un témoin étranger dans une affaire pénale, la demanderesse a fourni à cet avocat une transcription d'une entrevue réalisée auprès du témoin étranger durant l'enquête de l'ARC dans la cause visant l'accusé. La demanderesse a appris plusieurs années plus tard qu'il fut établi qu'elle avait violé des dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* (la Loi) après qu'une plainte a été déposée par l'accusé quant à la divulgation de la transcription. La demanderesse a communiqué avec le CPVP pour lui faire part en particulier de ses préoccupations quant au fait qu'elle n'avait pas été informée de la plainte et qu'elle ne s'était pas vu accorder la possibilité de répondre aux allégations de l'accusé. Elle a demandé que l'enquête sur la plainte soit rouverte. La demanderesse a par la suite été invitée à soumettre d'autres renseignements sur le caractère public de l'information transmise à l'autre avocat à qui elle avait envoyé la transcription. Cependant, elle a par la suite été informée qu'il n'y avait pas de motifs suffisants pour rouvrir l'enquête sur la plainte et le dossier a été clos.

The OPC concluded that the matter was well-founded. Its investigator found in particular that the information contained in the transcript met the definition of personal information in section 3 of the Act. The OPC concluded that the CRA could not rely on paragraph 241(3)(b) of the *Income Tax Act* (ITA), which authorizes disclosure of taxpayer information in certain conditions, as the authority for disclosure and therefore there was no basis for the disclosure under subsection 8(2) of the Act.

As for the reconsideration of its decision, the OPC concluded that it did not have sufficient grounds to re-open the investigation and did not believe that the transcript in question was part of the court record or otherwise publicly available. It noted the applicant's concerns on procedural fairness but stated in particular that the investigation and report were limited to CRA's compliance with the Act.

The principal issues were whether the OPC breached the rules of natural justice and its duty of fairness toward the applicant; and whether the OPC erred in concluding that the applicant's disclosure was unauthorized under the Act and the ITA.

*Held*, the application should be allowed.

A plain reading of the relevant provisions of the Act (i.e. sections 31, 33) did not lead to the conclusion that the OPC was exempt from notifying or allowing third parties who may be otherwise affected by its decision to make representations. The relevant provisions do not displace the common law duty to notify persons who may be significantly and directly affected by the decision. While the report of findings was directed to the CRA, it was the applicant's conduct, as counsel retained by the institution, that was under scrutiny. As legal counsel of the CRA rather than an employee thereof, the applicant had a direct and significant interest in protecting her professional reputation and should have been notified and given the opportunity to make representations in the course of the investigation. The report of findings harmed her professional reputation. The applicant demonstrated the minimum prejudice required to trigger the OPC's common law duty of notifying persons who may be directly affected by its decisions. In addition, the reconsideration letter did not cure the breach of procedural fairness. The applicant was only invited to submit evidence regarding the public nature of the information disclosed and was not given a full opportunity to make representations. By the time she was invited to make submissions, the harm had already been done. Therefore, the OPC violated the rules of procedural fairness in not affording the applicant the opportunity to be heard.

Le CPVP a conclu que l'affaire était fondée. L'enquêteur du CPVP a conclu notamment que l'information contenue dans la transcription répondait à la définition de renseignements personnels prévue à l'article 3 de la Loi. Le CPVP a conclu que l'ARC ne pouvait pas, en l'espèce, invoquer l'alinéa 241(3)b de la *Loi de l'impôt sur le revenu* (la LIR), qui autorise la communication des renseignements relatifs à un contribuable dans certaines conditions, pour autoriser cette communication et par conséquent, la communication de renseignements personnels en vertu du paragraphe 8(2) de la Loi était sans fondement.

Quant au réexamen de sa décision, le CPVP a conclu qu'il n'avait pas de motifs suffisants pour rouvrir l'enquête et ne croyait pas que la transcription en question faisait partie du dossier de la cour ou qu'elle était par ailleurs accessible au public. Il a noté les préoccupations de la demanderesse sur la question de l'équité procédurale, mais a indiqué en particulier que l'enquête et le rapport se limitaient à la conformité de l'ARC à la Loi.

Il s'agissait de savoir principalement si le CPVP a violé les règles de justice naturelle et a manqué à son devoir d'agir équitablement à l'endroit de la demanderesse et si le CPVP a commis une erreur en concluant que la communication par la demanderesse n'était pas autorisée en vertu de la Loi et de la LIR.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Une simple lecture des dispositions pertinentes de la Loi (c'est-à-dire, les articles 31 et 33) ne permettait pas de conclure que le CPVP était dispensé d'aviser ou d'autoriser des tiers qui pourraient être par ailleurs concernés par sa décision de présenter leurs observations. Les dispositions pertinentes n'écartent pas l'obligation de common law d'aviser les personnes qui pourraient être concernées directement et de façon importante par la décision. Bien que le rapport de conclusions ait été adressé à l'ARC, c'est la conduite de la demanderesse, à titre d'avocate dont les services ont été retenus par l'institution, qui faisait l'objet d'un examen. À titre de conseillère juridique de l'ARC plutôt qu'à titre d'employée de celle-ci, la demanderesse avait un intérêt direct et important à l'égard de la protection de sa réputation professionnelle et elle aurait dû être avisée et avoir l'occasion de présenter des observations dans le cadre de l'enquête. Le rapport de conclusions a nui à sa réputation professionnelle. La demanderesse a fait la preuve du préjudice minimum requis pour entraîner l'application du devoir de common law du CPVP d'aviser les personnes qui peuvent être directement concernées par ses décisions. De plus, la lettre de réexamen n'a pas remédié au manquement à l'équité procédurale. La demanderesse n'a été invitée qu'à soumettre de la preuve sur le caractère public de l'information transmise à l'autre avocat et n'a pas eu l'occasion complète de soumettre des observations.

The general interaction between the Act and other Acts of Parliament as contemplated by paragraph 8(2)(b) of the Act was examined. The OPC should not use that paragraph of the Act to assume authority to administer, interpret or exercise the authority statutorily entrusted to another decision maker in other Acts of Parliament. At a minimum, it must consider in its analysis the other decision maker's interpretation of paragraph 241(3)(b) of the ITA and its related case law. Nothing in the record indicated that the OPC considered the CRA's position on the proper interpretation of paragraph 241(3)(b) of the ITA. The OPC's report of findings did not reflect the broad interpretation of that provision established by the Supreme Court. The OPC erred in ignoring the factual and legal context of the proceedings between the accused and the foreign witness. Furthermore, the OPC's characterization of the legal proceedings as "damages arising out of business dealings" was misleading. The OPC thus erroneously interpreted paragraph 241(3)(b) of the ITA.

Au moment où elle a été invitée à présenter ses observations, le mal était déjà fait. Par conséquent, le CPVP a violé les règles d'équité procédurale en n'accordant pas à la demanderesse l'occasion d'être entendue.

La Cour a examiné l'interaction entre la Loi et d'autres lois du Parlement comme le prévoit l'alinéa 8(2)(b) de la Loi. Le CPVP ne devrait pas utiliser cet alinéa de la Loi pour se déclarer compétent pour administrer, interpréter ou exercer l'autorité expressément conférée à une autre instance dans d'autres lois du Parlement. Il doit, au minimum, tenir compte dans son analyse de l'interprétation par l'autre instance de l'alinéa 241(3)(b) de la LIR et de la jurisprudence connexe. Rien dans le dossier n'indiquait si le CPVP a tenu compte de la position de l'ARC sur la bonne interprétation à donner à l'alinéa 241(3)(b) de la LIR. Le rapport de conclusions du CPVP ne reflétait pas l'interprétation large de cette disposition établie par la Cour suprême. Le CPVP a commis une erreur en ignorant le contexte factuel et juridique des procédures judiciaires entre l'accusé et le témoin étranger. De plus, le fait que le CPVP a caractérisé celles-ci de [TRADUCTION] « dommages découlant de transactions commerciales » était trompeur. Par conséquent, le CPVP a mal interprété l'alinéa 241(3)(b) de la LIR.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].  
*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 18, 18.1.  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 241.  
*Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, ss. 2, 3, 8, 29–35.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, (1995), 24 O.R. (3d) 865; *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190; *Privacy Act (Can.) (Re)*, [2000] 3 F.C. 82, (2000), 251 N.R. 379 (C.A.); *Slattery (Trustee of) v. Slattery*, [1993] 3 S.C.R. 430, (1993), 139 N.B.R. (2d) 246.

##### CONSIDERED:

*R. v. Tiffin*, 2005 CanLII 63752, 136 C.R.R. (2d) 1 (Ont. S.C.); *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30, (2000), 189 D.L.R. (4th) 96 (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].  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 241.  
*Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, art. 2, 3, 8, 29 à 35.  
*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18, 18.1.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190; *Loi sur la protection des renseignements personnels (Can.) (Re)*, [2000] 3 C.F. 82 (C.A.); *Slattery (Syndic de) c. Slattery*, [1993] 3 R.C.S. 430, (1993), 139 R. N.-B. (2<sup>e</sup>) 246.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*R. v. Tiffin*, 2005 CanLII 63752, 136 C.R.R. (2d) 1 (C.S. Ont.); *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30 (C.A.).

## REFERRED TO:

*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392; *Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170; *Canadian Human Rights Commission v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 200, 8 Admin. L.R. (6th) 1; *Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504; *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1995] 2 S.C.R. 781, (1995), 125 D.L.R. (4th) 471.

APPLICATION for judicial review of a report of findings issued by the Office of the Privacy Commissioner of Canada and of a reconsideration decision rendered by the same respecting a complaint against the Canada Revenue Agency. Application allowed.

## APPEARANCES

*Robert A. Centa* for applicant.  
*Melanie Toolsie* for respondent.  
*Regan Morris* and *Michael Sims* for intervener.

## SOLICITORS OF RECORD

*Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

*Office of the Privacy Commissioner of Canada*, Gatineau, for intervener.

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

TREMBLAY-LAMER J.:

I. Nature of the Matter

[1] This is an application for judicial review pursuant to sections 18 and 18.1 of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 of a report of findings issued by the Office of the Privacy Commissioner of Canada (the

## DÉCISIONS CITÉES :

*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392; *Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 200; *Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504; *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'un rapport de conclusions émis par le Commissariat à la protection de la vie privée du Canada et d'une décision rendue par celui-ci à l'égard d'une plainte déposée contre l'Agence du revenu du Canada. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Robert A. Centa* pour la demanderesse.  
*Melanie Toolsie* pour l'intimé.  
*Regan Morris* et *Michael Sims* pour l'intervenant.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Paliare Roland Rosenberg Rothstein LLP*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

*Commissariat à la protection de la vie privée du Canada*, Gatineau, pour l'intervenant.

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

LA JUGE TREMBLAY-LAMER :

I. Nature de l'affaire

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire présentée en vertu des articles 18 et 18.1 de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, à l'encontre d'un rapport des conclusions présenté par le

OPC) and of a reconsideration decision rendered by the same with respect to a complaint against the Canada Revenue Agency (CRA).

## II. Facts

[2] The applicant, Ms. Helen Daley, is a partner at the law firm of Wardle Daley Bernstein Bieber LLP, in Toronto, and is occasionally retained by the CRA for litigation.

[3] In 2002, the CRA investigated Mr. Holterman and he was criminally prosecuted before the Ontario Superior Court of Justice in 2003 for tax evasion. Mr. Holterman filed a pre-trial motion seeking to quash five search warrants which was granted (*R. v. Tiffin*, 2005 CanLII 63752, 136 C.R.R. (2d) 1). Disclosure in the course of the pre-trial motions revealed to Mr. Holterman the names of the prosecutor's witnesses and he began communicating with them and threatening them with legal proceedings.

[4] The applicant was retained by the CRA to defend Mr. F., a CRA investigator, against Mr. Holterman's actions before several regulatory and civil tribunals. She also facilitated the retainer of Ms. T. by Mr. O., a foreign witness in the criminal case against Mr. Holterman. At Ms. T.'s request, the applicant provided her with a transcript of Mr. O.'s interview by Mr. F. in the course of the CRA investigation.

[5] In 2013, the applicant learned through a partner at her law firm that she had been found to have violated the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21 (the *Privacy Act* [or the Act]) following a complaint filed by Mr. Holterman relating to the disclosure of the transcript.

Commissariat à la protection de la vie privée du Canada (le Commissariat), ainsi que d'une décision rendue par le Commissariat à la suite du réexamen d'une plainte déposée contre l'Agence du revenu du Canada (ARC).

## II. Faits

[2] La demanderesse, Helen Daley, est partenaire dans le cabinet d'avocats Wardle Daley Bernstein Bieber LLP de Toronto, et l'ARC fait à l'occasion appel à ses services lors de litiges.

[3] À la suite d'une enquête menée par l'ARC en 2002, des poursuites au criminel pour fraude fiscale ont été intentées en 2003 contre M. Holterman devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario. M. Holterman a présenté une requête préalable au procès pour demander l'annulation de cinq mandats de perquisition qui avaient été accordés (*R. v. Tiffin*, 2005 CanLII 63752, 136 C.R.R. (2d) 1). Durant l'examen des requêtes préalables au procès, la divulgation de la preuve a permis à M. Holterman d'apprendre le nom des témoins du procureur de la poursuite; M. Holterman a alors commencé à communiquer avec ces personnes, les menaçant d'actions en justice.

[4] L'ARC a retenu les services de la demanderesse pour défendre M. F., enquêteur de l'ARC, dans le cadre des actions engagées par M. Holterman devant plusieurs tribunaux réglementaires et civils. La demanderesse a également facilité la mise sous contrat de M<sup>me</sup> T. à titre de représentante de M. O., témoin étranger dans une affaire criminelle contre M. Holterman. À la demande de M<sup>me</sup> T., la demanderesse a remis à cette dernière une transcription de l'entrevue réalisée par M. F. avec M. O. dans le cadre de l'enquête de l'ARC.

[5] En 2013, la demanderesse a appris, par l'entremise d'un partenaire de son cabinet d'avocats, qu'elle avait été reconnue coupable d'une infraction à la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21 (la *Loi sur la protection des renseignements personnels* [ou la Loi]), à la suite d'une plainte déposée par M. Holterman concernant la communication de la transcription.

[6] On July 17, 2013, the applicant wrote to the OPC to express her concerns that she had not been informed of the complaint, nor given the chance to respond to Mr. Holterman's allegations. She also noted that she was not an employee of the CRA and that the information transmitted to Ms. T. was public in nature. The applicant requested that the OPC re-open the investigation into the complaint.

[7] On July 26, 2013, the OPC invited the applicant to submit further information on the public nature of the information transmitted to Ms. T.

[8] On September 25, 2013, following the applicant's further submissions, the OPC advised her that there were insufficient grounds to re-open the investigation and that the matter was closed.

### III. Decision

#### A. *Report of Findings*

[9] The OPC concluded that the matter was well-founded. Its investigator found that the transcript contained extensive information about Mr. O.'s business relationship with the complainant and his opinions and views about the complainant. This met the definition of personal information in section 3 of the *Privacy Act*.

[10] To determine whether the disclosure was authorized under the *Privacy Act*, subsection 8(2) of the *Privacy Act* had to be read in conjunction with paragraph 241(3)(b) of the *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA), which authorizes disclosure of taxpayer information for legal proceedings relating to the administration and enforcement of the ITA. The OPC noted that the disclosure had been made in relation to a civil proceeding for damages arising out of business dealings and concluded that the CRA could not rely on paragraph 241(3)(b) of the ITA as the authority for

[6] Le 17 juillet 2013, la demanderesse a écrit au Commissariat pour lui faire part de ses préoccupations du fait qu'elle n'avait pas été informée de la plainte et qu'on ne lui avait pas donné l'occasion de répondre aux allégations de M. Holterman. Elle a ajouté qu'elle n'était pas employée de l'ARC et que l'information qui avait été communiquée à M<sup>me</sup> T. était du domaine public. La demanderesse a demandé au Commissariat de rouvrir l'enquête sur la plainte.

[7] Le 26 juillet 2013, le Commissariat a invité la demanderesse à fournir plus de précisions sur le caractère public de l'information qui avait été communiquée à M<sup>me</sup> T.

[8] Le 25 septembre 2013, après la présentation par la demanderesse d'observations complémentaires, le Commissariat a informé cette dernière que les motifs étaient insuffisants pour rouvrir l'enquête et que l'affaire était close.

### III. Décision

#### A. *Rapport des conclusions*

[9] Le Commissariat a conclu que l'affaire était bien fondée. Son enquêteur a déterminé que la transcription contenait des renseignements détaillés sur les relations d'affaires entre M. O. et le plaignant, ainsi que sur les opinions et vues de M. O. au sujet du plaignant. Ces renseignements répondaient à la définition de renseignements personnels au sens de l'article 3 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[10] Pour décider si la communication était autorisée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le paragraphe 8(2) de cette loi devait être lu conjointement avec l'alinéa 241(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, qui autorise la communication de renseignements sur un contribuable au cours de procédures judiciaires qui ont trait à l'application ou à l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le Commissariat a conclu que la communication était liée à une procédure civile concernant des dommages-intérêts découlant d'opérations

disclosure. As such, there was no basis for the disclosure under subsection 8(2) of the *Privacy Act*.

[11] The OPC recommended that the CRA remind its criminal investigation staff of the provisions of the *Privacy Act* and their application in order to prevent future unauthorized disclosures.

#### B. *Reconsideration Decision*

[12] Following a thorough review of the evidence submitted by the applicant, the OPC concluded that it did not have sufficient grounds to re-open the investigation. More precisely, it did not have reason to believe that the transcript in question and all of the complainant's personal information contained therein was part of the Court record or otherwise publicly available.

[13] The OPC noted the applicant's concerns on procedural fairness, but stated that the investigation and the report were limited to CRA's compliance with the *Privacy Act* and that the report did not make or purport to make findings regarding any other person's or entity's compliance with the *Privacy Act*.

#### IV. Issues

[14] This matter raises the following issues:

1. What is the applicable standard of review?
2. Did the OPC breach the rules of natural justice and its duty of fairness toward the applicant?

commerciales et, donc, que l'ARC ne pouvait invoquer l'alinéa 241(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* pour autoriser la communication. Par conséquent, aucune disposition n'autorisait la communication des renseignements en vertu du paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*.

[11] Le Commissariat a recommandé à l'ARC de rappeler à son personnel d'enquête criminelle les dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et leur application, afin de prévenir toute communication non autorisée à l'avenir.

#### B. *Décision concernant le réexamen de l'affaire*

[12] Après un examen en profondeur des éléments de preuve présentés par la demanderesse, le Commissariat a conclu que les motifs n'étaient pas suffisants pour rouvrir l'enquête. Plus précisément, le Commissariat n'avait aucune raison de croire que la transcription en question, et tous les renseignements personnels du plaignant qu'elle contenait, faisaient partie du dossier judiciaire ou étaient de quelque autre manière accessibles au public.

[13] Le Commissariat a pris acte des préoccupations de la demanderesse concernant l'équité procédurale, mais a indiqué que l'enquête et le rapport concernaient uniquement le respect, par l'ARC, des dispositions de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et que le rapport ne formulait, ni ne laissait sous-entendre, quelque observation concernant le respect de cette loi par une autre personne ou entité.

#### IV. Questions en litige

[14] La présente affaire soulève les questions suivantes :

1. Quelle est la norme de contrôle applicable?
2. Le Commissariat a-t-il enfreint les règles de justice naturelle et manqué à son obligation d'agir équitablement envers la demanderesse?

3. Did the OPC err in concluding that the applicant's disclosure was unauthorized under the *Privacy Act* and the ITA?

#### V. Relevant Provisions

[15] The relevant provisions are subsection 8(2) of the *Privacy Act* and paragraph 241(3)(b) of the ITA, included in Appendix A attached to these reasons.

#### VI. Submissions of the Parties

##### A. *The Applicant*

[16] The applicant first argues that she was entitled to notice of the proceedings because the decision directly harmed her professional reputation interests. A right to notice arises when an administrative decision will significantly, directly and necessarily affect a person's interest. A duty of fairness will almost always apply to decisions that are likely to reflect unfavourably on the honesty, competence or integrity of individuals in the conduct of their profession. The Supreme Court of Canada has recognized that a lawyer's professional reputation is of particular importance to the individual (*Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130 (*Hill*), at paragraph 180). By concluding that the applicant had failed to keep an individual's personal information confidential and breached the *Privacy Act*, the OPC harmed the applicant's professional reputation. There is no merit to the intervenor's contention that the report was directed solely at the CRA; the applicant's conduct was the only one at issue.

[17] Secondly, the applicant submits that the personal information contained in the transcript was publicly available because significant parts of it had been

3. Le Commissariat a-t-il commis une erreur en concluant que la communication de renseignements par la demanderesse n'était pas autorisée par la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et la *Loi de l'impôt sur le revenu*?

#### V. Dispositions pertinentes

[15] Les dispositions pertinentes sont le paragraphe 8(2) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et l'alinéa 241(3)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, présentés à l'annexe A jointe aux présents motifs.

#### VI. Observations des parties

##### A. *La demanderesse*

[16] La demanderesse fait premièrement valoir qu'elle avait droit d'être avisée des procédures, car la décision a nuï directement à sa réputation professionnelle. Une personne a le droit d'être informée lorsqu'une décision administrative touche directement, inévitablement et de manière significative les intérêts de cette personne. L'obligation d'agir équitablement s'appliquera presque toujours aux décisions susceptibles de porter atteinte à l'honnêteté, à la compétence ou à l'intégrité de personnes dans l'exercice de leur profession. La Cour suprême du Canada a reconnu que la réputation professionnelle d'un avocat revêtait une importance particulière pour la personne (*Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130 (*Hill*), au paragraphe 180). En concluant que la demanderesse avait omis de préserver la confidentialité de renseignements personnels et avait enfreint la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, le Commissariat a terni la réputation professionnelle de la demanderesse. Les allégations de l'intervenant selon lesquelles le rapport ne visait que l'ARC n'ont aucun bien-fondé, puisque seule la conduite de la demanderesse était remise en question.

[17] Deuxièmement, la demanderesse fait valoir que les renseignements personnels contenus dans la transcription étaient du domaine public, car d'importantes

disclosed in open court in the course of the criminal and civil proceedings involving Mr. Holterman.

[18] The applicant further argues that the disclosure was authorized under paragraph 241(3)(b) of the ITA because the prohibition on the disclosure of taxpayer information does not apply in legal proceedings related to the administration and enforcement of the ITA. The OPC erred in concluding that the action between Mr. Holterman and Mr. O. was simply a claim for damages arising out of business dealings. Mr. Holterman sued Mr. O. because his testimony before the CRA contradicted the terms of the minutes of settlement agreed to between them in 2003. Mr. Holterman therefore sued Mr. O. as a direct result of the administration and enforcement of the ITA.

#### B. *The Respondent*

[19] The respondent is limiting his intervention to the last issue. He notes that the *Privacy Act* is a statute of general application and that subsection 8(2) of the *Privacy Act* is accommodating of disclosures of personal information authorized in federal legislation. The original authority to release the information does not flow from subsection 8(2) of the *Privacy Act*, but from section 241 of the ITA. The Minister of Revenue has a wide discretion to disclose information under its own legislation.

[20] The plain statutory language of paragraph 241(3)(b) of the ITA requires some relation between the legal proceedings for which the disclosure will be used and the administration and enforcement of the ITA. The OPC's strict and narrow interpretation of the provision indicates no recognition of the broad and liberal interpretation sanctioned by the Courts. Coherence within the administration of justice is highly desirable and the OPC should have deferred to CRA's interpretation of

sections avaient déjà été communiquées en audience publique dans le cadre des procédures pénales et civiles contre M. Holterman.

[18] Elle soutient par ailleurs que la communication de ces renseignements était autorisée en vertu de l'alinéa 241(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, car l'interdiction de communiquer des renseignements sur un contribuable ne s'applique pas aux procédures judiciaires ayant trait à l'administration et à l'exécution de cette loi. Le Commissariat a commis une erreur en concluant que l'action entre M. Holterman et M. O. se limitait à une demande en dommages-intérêts découlant de transactions commerciales. En effet, M. Holterman a entamé des poursuites contre M. O. parce que le témoignage de ce dernier devant l'ARC allait à l'encontre des modalités du procès-verbal de la transaction dont ils avaient convenu en 2003. Les poursuites engagées par M. Holterman contre M. O. étaient donc le résultat direct de l'administration et de l'exécution de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

#### B. *Le défendeur*

[19] Le défendeur limite son intervention à la dernière question. Il souligne que la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est une loi d'application générale et que le paragraphe 8(2) de cette loi permet la communication de renseignements personnels lorsque celle-ci est autorisée en vertu de lois fédérales. Cependant, l'autorisation initiale de communiquer des renseignements ne découle pas de ce paragraphe, mais plutôt de l'article 241 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Le ministre du Revenu dispose de larges pouvoirs discrétionnaires en ce qui a trait à la communication des renseignements qui sont assujettis à ses propres lois.

[20] Le libellé législatif clair de l'alinéa 241(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige qu'il existe un certain lien entre les procédures judiciaires dans le cadre desquelles il y aura communication de renseignements et l'administration et l'exécution de cette loi. L'interprétation stricte et restrictive que fait le Commissariat de cette disposition va à l'encontre de l'interprétation large et libérale approuvée par les tribunaux. Il est hautement souhaitable d'assurer une

their own provision to allow for a complementary and harmonious legislative scheme.

### C. *The Intervener*

[21] The intervener submits that it did not have a duty to notify the applicant. The mere fact that a non-party's conduct is referred to or commented upon in administrative proceedings does not entitle her to notice of the proceedings. The report of findings was directed at the CRA and the intervener is limited to assessing a government institution's compliance with the *Privacy Act*. The applicant was referred to solely in her capacity as an agent acting on behalf of CRA, who vigorously defended her interests in the proceedings. Moreover, the report had no binding consequences and was not made public.

[22] The intervener adds that the notice requirements are comprehensively set out in sections 29 to 35 of the *Privacy Act*. As long as the notification requirements are complied with, the OPC benefits from a broad discretion in its investigation procedures. A duty to notify third parties would have serious practical implications for the conduct of investigations under the *Privacy Act* and would over-formalize what is intended to be an informal, non-judicial and confidential ombudsman process.

[23] The intervener argues that the Courts have held that the legal proceedings referred to in paragraph 241(3)(b) of the ITA must relate to the administration and enforcement of the ITA for the exemption to apply. It was reasonable to conclude that the action between Mr. Holterman and Mr. O. was not related to the ITA, because it was a legal proceeding for damages arising out of an alleged breach of a settlement agreement between them. The CRA was not an active participant in those proceedings.

cohérence dans l'administration de la justice, et le Commissariat aurait dû s'en remettre à l'interprétation que l'ARC fait de ses propres dispositions afin de favoriser un régime législatif complémentaire et harmonieux.

### C. *L'intervenant*

[21] L'intervenant soutient qu'il n'avait pas l'obligation d'aviser la demanderesse. Le simple fait que la conduite d'un tiers soit commentée dans des procédures administratives ou qu'il y soit fait référence ne donne pas à la demanderesse le droit d'être informée des procédures. Le rapport des conclusions concernait l'ARC et le rôle de l'intervenant se limite à évaluer le respect par une institution fédérale de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Il n'y a été fait référence à la demanderesse qu'en sa qualité d'agent agissant au nom de l'ARC, et l'ARC a défendu vigoureusement les intérêts de la demanderesse durant les procédures. De plus, le rapport n'avait pas de conséquences contraignantes et il n'a pas été rendu public.

[22] L'intervenant ajoute que les exigences en matière d'avis sont définies de manière détaillée aux articles 29 à 35 de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. Le Commissariat dispose de vastes pouvoirs discrétionnaires pour la conduite de ses procédures d'enquête, pour autant qu'il s'acquitte de ses obligations en matière d'avis. L'obligation d'aviser des tiers aurait de graves répercussions pratiques sur la conduite des enquêtes en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et aurait pour effet d'officialiser de façon excessive un processus de l'ombudsman qui se veut officieux, non judiciaire et confidentiel.

[23] L'intervenant fait valoir que les tribunaux ont établi que les poursuites judiciaires auxquelles il est fait référence à l'alinéa 241(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* doivent avoir trait à l'administration et à l'exécution de cette loi, pour que l'exception s'applique. Or, il était raisonnable de conclure que l'action entre M. Holterman et M. O. n'était pas liée à la *Loi de l'impôt sur le revenu*, car il s'agissait d'une poursuite en dommages-intérêts découlant d'une prétendue violation d'une convention de règlement convenue entre ces

deux parties. L'ARC n'était pas un participant actif à cette instance.

## VII. Analysis

### A. *What is the applicable standard of review?*

[24] The applicable standard of review for the issue of procedural fairness is correctness (*Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, at paragraph 43; *Sketchley v. Canada (Attorney General)*, 2005 FCA 404, [2006] 3 F.C.R. 392, at paragraphs 53 and 54; *Re:Sound v. Fitness Industry Council of Canada*, 2014 FCA 48, [2015] 2 F.C.R. 170, at paragraph 35).

[25] On the issue of disclosure, the applicant and the respondent submit that correctness should apply, while the intervener argues that reasonableness is the appropriate standard. I agree with the intervener.

[26] The issue of the applicability of paragraph 241(3)(b) of the ITA requires a thorough examination of the facts of the case. As such, it is a question of mixed fact and law which presumptively attracts reasonableness (*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*), at paragraph 53). I come to the same conclusion upon analysis of the four factors set out in *Dunsmuir*, at paragraph 64.

[27] Firstly, the OPC does not benefit from a privative clause. However, in recent jurisprudence, the absence of a privative clause has not been decisive and the reasonableness standard has been applied regardless (*Canadian Human Rights Commission v. Canada (Attorney General)*, 2016 FCA 200, 8 Admin. L.R. (6th) 1, at paragraph 63). The absence of a privative clause therefore pulls neither one way nor the other.

## VII. Analyse

### A. *Quelle est la norme de contrôle applicable?*

[24] La norme de la décision correcte est la norme de contrôle qui s'applique à la question de l'équité procédurale (*Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 43; *Sketchley c. Canada (Procureur général)*, 2005 CAF 404, [2006] 3 R.C.F. 392, aux paragraphes 53 et 54; *Ré:Sonne c. Conseil du secteur du conditionnement physique du Canada*, 2014 CAF 48, [2015] 2 R.C.F. 170, au paragraphe 35).

[25] En ce qui a trait à la question de la communication, la demanderesse et le défendeur soutiennent que la norme de la décision correcte devrait s'appliquer, alors que l'intervenant invoque la norme de la décision raisonnable. Je suis d'accord avec l'intervenant.

[26] La question de l'applicabilité de l'alinéa 241(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* exige un examen en profondeur des faits en l'espèce. Il s'agit d'une question mixte de fait et de droit qui, peut-on présumer, commande l'application de la norme de la décision raisonnable (*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*), au paragraphe 53). J'en viens à la même conclusion après analyse des quatre facteurs énoncés dans l'arrêt *Dunsmuir*, au paragraphe 64.

[27] Premièrement, le Commissariat ne bénéficie pas d'une clause privative. Cependant, dans la récente jurisprudence, l'absence de clause privative n'a pas constitué un facteur déterminant et la norme de la décision raisonnable a été appliquée quand même (*Commission des droits de la personne c. Canada (Procureur général)*, 2016 CAF 200, au paragraphe 63). Par conséquent, l'absence de clause privative ne fait pencher la balance, ni d'un côté ni de l'autre.

[28] Secondly, the purpose of the *Privacy Act*, as stipulated in section 2, 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.” The OPC’s decision under review was necessarily made in pursuit of this purpose which points to reasonableness as the standard.

[29] Thirdly, the nature of the question is one of mixed fact and law. As stated above, to come to the conclusion that the disclosure was not authorised under paragraph 241(3)(b) of the ITA, the OPC had to examine the facts of the underlying cases as well as interpret the law. There was no extricable question of law. Accordingly, the nature of the question points to reasonableness.

[30] Lastly, the OPC operates in a discrete statutory regime in which it has expertise which also points to reasonableness as the standard of review. The OPC was created for the proper administration of the Act. Its role is, *inter alia*, to ensure that disclosures of personal information are made in accordance with section 8 of the *Privacy Act*.

[31] Pondering these four factors, this Court concludes that the standard of review of the OPC’s decision is reasonableness. This Court will therefore not interfere with the OPC’s decision unless it is not transparent, intelligible, and justified or falls outside the range of possible, acceptable outcomes in light of the facts and the law (*Dunsmuir*, at paragraph 47).

B. *Did the OPC breach the rules of natural justice and its duty of fairness toward the applicant?*

[32] As stated above, the intervener argues that all principles of natural justice may be ousted by express

[28] Deuxièmement, l’objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, ainsi qu’il est énoncé à l’article 2, est « 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 ». La décision du Commissariat qui fait l’objet de la présente demande de contrôle a nécessairement été prise dans la poursuite de cet objectif, ce qui milite en faveur de l’application de la norme de la décision raisonnable.

[29] Troisièmement, la question en cause en est une de fait et de droit. Ainsi qu’il a été indiqué précédemment, pour conclure que la communication n’était pas autorisée en vertu de l’alinéa 241(3)b de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, le Commissariat a dû examiner les faits des affaires sous-jacentes et interpréter la loi. Il n’y avait aucune question de droit isolable. Par conséquent, la nature de la question commande la norme de la décision raisonnable.

[30] Enfin, le Commissariat est régi par un régime législatif discret dans lequel il possède une expertise, ce qui à nouveau appelle l’application de la norme de la décision raisonnable comme norme de contrôle. Le Commissariat a été créé pour veiller à la bonne administration de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, et son rôle est notamment de s’assurer que la communication des renseignements personnels est faite en conformité avec l’article 8 de cette loi.

[31] Après examen de ces quatre facteurs, la Cour conclut que la décision du Commissariat doit être examinée en regard de la norme de la décision raisonnable. Par conséquent, la Cour n’infirmes la décision du Commissariat que si celle-ci n’est pas transparente, intelligible et justifiée ou qu’elle n’appartient pas aux issues possibles acceptables au regard des faits et du droit (*Dunsmuir*, au paragraphe 47).

B. *Le Commissariat a-t-il enfreint les règles de justice naturelle et manqué à son obligation d’agir équitablement envers la demanderesse?*

[32] Ainsi qu’il est indiqué précédemment, l’intervenant soutient que tous les principes de justice naturelle

statutory language or necessary implication (*Ocean Port Hotel Ltd. v. British Columbia (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 SCC 52, [2001] 2 S.C.R. 781, at paragraph 22; *Canada (Attorney General) v. Mavi*, 2011 SCC 30, [2011] 2 S.C.R. 504, at paragraph 39). His position is that the notification requirements are comprehensively set out in the *Privacy Act* and that the Court should therefore refrain from reading-in additional notification requirements.

[33] I disagree. A plain reading of the relevant provisions of the Act does not lead to the conclusion that the OPC is exempt from notifying or allowing third parties who may be otherwise affected by its decision to make representations. The provisions only state that the government institution must be notified, and that no one else is entitled to make representations as of right:

#### Notice of intention to investigate

31 Before commencing an investigation of a complaint under this Act, the Privacy Commissioner shall notify the head of the government institution concerned of the intention to carry out the investigation and shall inform the head of the institution of the substance of the complaint.

...

33 ...

#### Right to make representation

(2) In the course of an investigation of a complaint under this Act by the Privacy Commissioner, the person who made the complaint and the head of the government institution concerned shall be given an opportunity to make representations to the Commissioner, but no one is entitled as of right to be present during, to have access to or to comment on representations made to the Commissioner by any other person.

[34] This does not in any way displace the common law duty to notify persons who may be significantly and directly affected by the decision, which was confirmed by the Supreme Court in *Telecommunications Workers Union v. Canada (Radio-Television and Telecommunications Commission)*, [1995] 2 S.C.R. 781, at paragraph 29. That the decision is non-binding is also

peuvent être écartés par les termes exprès de la loi ou par déduction nécessaire (*Ocean Port Hotel Ltd. c. Colombie-Britannique (General Manager, Liquor Control and Licensing Branch)*, 2001 CSC 52, [2001] 2 R.C.S. 781, au paragraphe 22; *Canada (Procureur général) c. Mavi*, 2011 CSC 30, [2011] 2 R.C.S. 504, au paragraphe 39). Il fait valoir que les exigences en matière d'avis sont clairement définies dans la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et que la Cour devrait s'abstenir d'y voir d'autres exigences.

[33] Je ne suis pas d'accord. Une lecture franche des dispositions pertinentes de la Loi ne permet pas de conclure que le Commissariat est dispensé d'aviser des tiers susceptibles d'être par ailleurs touchés par sa décision ou de les autoriser à faire des observations. Les dispositions précisent seulement que l'institution gouvernementale doit être informée et que nul autre n'a le droit absolu de présenter des observations :

#### Avis d'enquête

31 Le Commissaire à la protection de la vie privée, avant de procéder aux enquêtes prévues par la présente loi, avise le responsable de l'institution fédérale concernée de son intention d'enquêter et lui fait connaître l'objet de la plainte.

[...]

33 [...]

#### Droit de présenter des observations

(2) Au cours d'une enquête relative à une plainte, le plaignant et le responsable de l'institution fédérale concernée doivent avoir la possibilité de présenter leurs observations au Commissaire à la protection de la vie privée; toutefois, nul n'a le droit absolu d'être présent lorsqu'une autre personne présente des observations au Commissaire, ni d'en recevoir communication ou de faire des commentaires à leur sujet.

[34] Cela ne supplante d'aucune façon l'obligation de common law d'aviser les personnes susceptibles d'être touchées directement et de façon appréciable par une décision, comme l'a confirmé la Cour suprême dans l'arrêt *Telecommunications Workers Union c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications)*, [1995] 2 R.C.S. 781, au paragraphe 29. Que la

of no consequence. In *Morneault v. Canada (Attorney General)*, [2001] 1 F.C. 30, at paragraph 2, the Federal Court of Appeal confirmed that a decision's absence of legal consequences did not bar relief and thus, review by the Court.

[35] While the report of findings was directed to the CRA, it was the applicant's conduct, as counsel retained by the institution, which was under scrutiny. The report of findings itself notes:

10. However, in his letter of complaint to the Privacy Commissioner, the complainant made a clear statement about not wanting to pursue a formal complaint against the CRA for Mr. F's alleged inappropriate use of his personal information in providing this information to Ms. D: "This complaint does not include the acts or omissions of the CRA official, [Mr. F.], as they are presently the subject of other proceedings." The investigation into this matter therefore only focused on the complainant's allegations of unauthorized disclosure of his personal information by Ms. D. to Ms. T.

...

25. As such, we recommend that CRA remind its staff in the Criminal Investigations Program, including its legal counsel, of these provisions of the *Act* and their proper application in order to prevent further unauthorized disclosures of this nature. [Emphasis added.]

[36] The applicant, however, was not an employee of the CRA, but its legal counsel. As such, her obligations toward the institution were different than that of an employee. As a lawyer, it is her responsibility to advise her client about their legal obligations, not the contrary. Her interests in the context of a complaint under the *Privacy Act* are thus necessarily different than that of the CRA. A finding of a violation of the *Privacy Act* is of limited consequences for the institution, but has wider implications for a lawyer working in private practice. In *Hill*, the Supreme Court of Canada held [at paragraph 177]:

décision ne soit pas contraignante n'a aucune importance. Dans l'arrêt *Morneault c. Canada (Procureur général)*, [2001] 1 C.F. 30, au paragraphe 2, la Cour d'appel fédérale a confirmé que l'absence de conséquences légales n'exclut pas la réparation et, partant, la révision de la décision par la Cour.

[35] Même si le rapport des conclusions visait l'ARC, c'est la conduite de la demanderesse, en sa qualité d'avocate représentant l'institution, qui était remise en cause. Le rapport des conclusions indique ce qui suit :

[TRADUCTION] 10. Cependant, dans sa lettre de plainte adressée au Commissaire à la protection de la vie privée, le plaignant a clairement indiqué qu'il ne voulait pas formuler de plainte officielle à l'endroit de l'ARC au sujet du prétendu usage inapproprié que M. F aurait fait de ses renseignements personnels en les communiquant à M<sup>me</sup> D. : « La plainte n'inclut pas les actions ou omissions du représentant de l'ARC, [M. F.], car celles-ci font actuellement l'objet d'autres procédures. » L'enquête sur cette question n'a donc porté que sur les allégations du plaignant concernant la communication non autorisée de ses renseignements personnels par Mme D. à Mme T.

[...]

25. Dans cette optique, nous recommandons que l'ARC rappelle à son personnel du Programme d'enquêtes criminelles, y compris à ses avocats-conseils, ces dispositions de la Loi et leur bonne application afin d'éviter à l'avenir toute communication non autorisée de cette nature. [Non souligné dans l'original.]

[36] Cependant, la demanderesse n'était pas une employée de l'ARC, mais son avocate. À ce titre, ses obligations envers l'institution différaient de celles d'un employé. En sa qualité d'avocate, c'est à elle qu'il incombe d'informer son client de ses obligations juridiques, et non le contraire. Ses intérêts dans le contexte d'une plainte formulée en vertu de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* diffèrent donc nécessairement de ceux de l'ARC. Un constat d'infraction à la *Loi sur la protection des renseignements personnels* est de peu de conséquences pour l'institution, mais a de plus vastes répercussions pour un avocat exerçant dans un cabinet privé. Dans l'arrêt *Hill*, la Cour suprême du Canada a indiqué ce qui suit [au paragraphe 177] :

.... For all lawyers their reputation is of paramount importance. Clients depend on the integrity of lawyers, as do colleagues. Judges rely upon commitments and undertakings given to them by counsel. Our whole system of administration of justice depends upon counsel's reputation for integrity. Anything that leads to the tarnishing of a professional reputation can be disastrous for a lawyer. It matters not that subsequent to the publication of the libel, Casey Hill received promotions, was elected a bencher and eventually appointed a trial judge in the General Division of the Court of Ontario. As a lawyer, Hill would have no way of knowing what members of the public, colleagues, other lawyers and judges may have been affected by the dramatic presentation of the allegation that he had been instrumental in breaching an order of the court and that he was guilty of criminal contempt.

[37] The applicant therefore had a direct and significant interest in protecting her professional reputation and should have been notified and given the opportunity to make representations in the course of the investigation. The report of findings harmed her professional reputation, as Mr. Holterman attempted to use it to affect the course of another lawsuit he had brought against the CRA, whom the applicant was representing, and start a letter-writing campaign to smear her reputation. I find that she has demonstrated the minimum prejudice required to trigger the OPC's common law duty of notifying persons who may be directly affected by its decisions.

[38] I am also of the view that the reconsideration letter did not cure the breach of procedural fairness. The applicant was only invited to submit evidence regarding the public nature of the information disclosed. She was not given a full opportunity to make representations. Moreover, by the time she was invited to make submissions, the harm had already been done. The applicant only contacted the OPC after her partner had learned of the report of findings through Mr. Holterman's counsel. The OPC's conclusions had already been circulated.

[...] Pour tous les avocats, la réputation revêt une importance prépondérante. Les clients, tout comme les collègues, comptent sur l'intégrité des avocats. Et les juges se fient à leurs engagements et à leurs promesses. Tout notre système d'administration de la justice repose sur la réputation d'intégrité des avocats. Tout ce qui a pour effet de ternir une réputation professionnelle peut être désastreux pour un avocat. Il importe peu qu'après la publication du libelle, Casey Hill ait reçu des promotions, ait été élu conseiller de la Société du barreau, puis nommé juge de première instance à la Division générale de la Cour de l'Ontario. À titre d'avocat, Hill n'avait aucun moyen de savoir qui du public, des collègues, des confrères et des juges avait été influencé par la présentation théâtrale de l'allégation suivant laquelle il avait contribué à violer l'ordonnance d'un tribunal et s'était rendu coupable d'outrage au criminel.

[37] Il était donc directement et fortement dans l'intérêt de la demanderesse de protéger sa réputation professionnelle et celle-ci aurait dû être informée et aurait dû avoir la possibilité de présenter des observations dans le cadre de l'enquête. Le rapport des conclusions a terni sa réputation professionnelle, car M. Holterman a tenté de s'en servir pour influencer le cours d'une autre action en justice qu'il avait intentée contre l'ARC et dans laquelle l'ARC était représentée par la demanderesse, et il a lancé une campagne épistolaire visant à ternir la réputation de cette dernière. Je suis d'avis que la demanderesse a subi le minimum de préjudice requis pour invoquer l'obligation de common law qu'a le Commissariat d'aviser les personnes susceptibles d'être directement touchées par ses décisions.

[38] Je suis également d'avis que la lettre de réexamen n'a pas réglé la question de la violation de l'équité procédurale. En effet, dans cette lettre, la demanderesse n'était invitée qu'à présenter des éléments de preuve concernant la nature publique des renseignements communiqués. On ne lui a pas donné pleinement l'occasion de faire des observations. Qui plus est, le mal avait déjà été fait au moment où la demanderesse a été invitée à présenter des observations. La demanderesse n'a en effet communiqué avec le Commissariat qu'après qu'un partenaire de son cabinet a été informé du rapport des conclusions par l'entremise de l'avocat de M. Holterman. Or, les conclusions du Commissariat avaient déjà été diffusées.

[39] I take note of the intervener's argument that a general duty to notify and provide participatory rights to government employees and agents would complicate the OPC's investigations, over-formalize the process and impact its confidentiality. However, the facts of this case do not give rise to a general duty to notify third parties. The applicant's situation as a private lawyer retained to represent a government agency distinguished her interests from those of the CRA in the specific context of the complaint. The OPC violated the rules of procedural fairness in not affording the applicant the opportunity to be heard.

[40] In light of this conclusion, I do not need to discuss if the applicant should have been interviewed. However, I will comment that although the OPC has considerable leeway in determining the procedure to be followed in the performance of any duty or function of the Commissioner under the *Privacy Act*, the applicant, being the only subject of the investigation, it would appear that to gather relevant information, she should have been contacted by the investigator in charge of the complaint.

C. *Did the OPC err in concluding that the applicant's disclosure was unauthorized under the Privacy Act and the ITA?*

[41] To properly analyze this issue, it is important to understand the general interaction between the *Privacy Act* and other Acts of Parliament as contemplated by paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act*. In *Privacy Act (Can.) (Re)*, [2000] 3 F.C. 82, at paragraph 18, the Federal Court of Appeal held that:

In this context, paragraph 8(2)(b) cannot but be interpreted as being a provision that enables Parliament to confer on any Minister (for example) through a given statute a wide discretion, both as to form and substance, with respect to the disclosure of information his department

[39] Je prends acte de l'argument de l'intervenant selon lequel une obligation générale d'aviser les employés et agents du gouvernement et de leur accorder des droits de participation compliquerait les enquêtes du Commissariat, officialiserait de façon excessive le processus et porterait atteinte à la confidentialité des renseignements. Cependant, les faits en l'espèce ne créent pas une obligation générale d'aviser un tiers. La situation de la demanderesse, une avocate du secteur privé engagée pour représenter un organisme gouvernemental, fait en sorte que ses intérêts diffèrent de ceux de l'ARC dans le contexte précis de la plainte. Le Commissariat a enfreint les règles d'équité procédurale en ne donnant pas à la demanderesse l'occasion de se faire entendre.

[40] À la lumière de cette conclusion, je n'ai pas à déterminer si la demanderesse aurait dû être interrogée. Je formulerai cependant le commentaire suivant : bien que le Commissariat dispose d'une marge de manœuvre considérable pour décider de la procédure à suivre dans l'exercice des droits ou fonctions conférés au commissaire par la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, il semble que, pour recueillir des renseignements pertinents, l'enquêteur chargé d'étudier la plainte aurait dû communiquer avec la demanderesse, car celle-ci était la seule visée par l'enquête.

C. *Le Commissariat a-t-il commis une erreur en concluant que la communication de renseignements par la demanderesse n'était pas autorisée par la Loi sur la protection des renseignements personnels et la Loi de l'impôt sur le revenu?*

[41] Pour bien analyser cette question, il est important de comprendre l'interaction générale entre la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et les autres lois fédérales visées par l'alinéa 8(2)b) de cette loi. Dans l'arrêt *Loi sur la protection des renseignements personnels (Can.) (Re)*, [2000] 3 C.F. 82, au paragraphe 18, la Cour d'appel fédérale a conclu que :

Dans ce contexte, on ne peut pas faire autrement que d'interpréter l'alinéa 8(2)b) comme étant une disposition permettant au législateur de conférer à tout ministre (par exemple), au moyen d'une loi donnée, un large pouvoir discrétionnaire quant à la forme et au fond relativement

has collected, such discretion, of course, to be exercised in conformity with the purpose of the *Privacy Act*. .... But one can simply not conclude from Parliament's alleged failure, in paragraph 8(2)(b), to be specific when it clearly intended to be general, that federal government institutions cannot be authorized under that paragraph to disclose to other federal institutions personal information that, without any express restriction, they can disclose to foreign institutions. In using words of wide import in paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act* and eventually in paragraph 108(1)(b) of the *Customs Act*, Parliament clearly left itself a considerable margin of manoeuvre with respect to its own legislation and took advantage of it.

[42] The OPC should therefore not use paragraph 8(2)(b) of the *Privacy Act* to assume authority to administer, interpret or exercise the authority statutorily entrusted to another decision maker in the other "Act[s] of Parliament". At a minimum, it must take into account the other decision maker's interpretation of paragraph 241(3)(b) of the ITA and its related jurisprudence in its analysis. Nothing in the record indicates that the OPC considered the CRA's position on the proper interpretation of paragraph 241(3)(b) of the ITA, in spite of detailed submissions and offers to discuss the issue in person.

[43] In *Slattery (Trustee of) v. Slattery*, [1993] 3 S.C.R. 430 (*Slattery*), the Supreme Court held that the provision should be interpreted broadly. In that case, the legal proceedings at issue were a matter of bankruptcy. Mr. Slattery had fallen into arrears in paying income taxes, resulting in an investigation by the CRA. The CRA eventually petitioned Mr. Slattery into bankruptcy. When he died, a trustee of his estate was appointed and it was determined that the estate's assets would not be sufficient to pay what was owed to the CRA. The estate sued Mr. Slattery's wife, who was thought to be hiding assets on his behalf. The estate sought the testimony of two CRA investigators, to which Mrs. Slattery objected, citing paragraph 241(3)(b) of the ITA. The Supreme Court stated [at page 445] that at:

à la communication de renseignements que son ministère a recueillis, ce pouvoir discrétionnaire devant naturellement être exercé conformément à l'objet de la *Loi sur la protection des renseignements personnels*. [...] Mais on ne peut tout simplement pas conclure, à partir de l'omission du législateur d'être précis à l'alinéa 8(2)b) alors qu'il désirait manifestement s'exprimer en termes généraux, que cet alinéa ne permet pas à une institution fédérale de communiquer à une autre institution fédérale des renseignements personnels qu'en l'absence d'interdiction expresse, elle peut communiquer à des institutions étrangères. En utilisant des termes très larges à l'alinéa 8(2)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* et, par la suite, à l'alinéa 108(1)b) de la *Loi sur les douanes*, le législateur s'est manifestement laissé une marge de manoeuvre considérable relativement à ses propres lois et en a profité.

[42] Le Commissariat ne devrait donc pas invoquer l'alinéa 8(2)b) de la *Loi sur la protection des renseignements personnels* pour présumer du pouvoir d'administrer, d'interpréter ou d'exercer des pouvoirs légalement conférés à un autre décideur en vertu d'autres « lois fédérales ». Il doit tout au moins, dans son analyse, tenir compte de l'interprétation que fait l'autre décideur de l'alinéa 241(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et de la jurisprudence y afférente. Rien dans le dossier n'indique que le Commissariat a tenu compte de la position de l'ARC concernant la bonne interprétation de l'alinéa 241(3)b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, en dépit d'observations détaillées et d'offres visant à discuter de la question en personne.

[43] Dans l'arrêt *Slattery (Syndic de) c. Slattery*, [1993] 3 R.C.S. 430 (*Slattery*), la Cour suprême a conclu que la disposition devait être interprétée au sens large. Dans cette affaire, les procédures judiciaires concernaient une faillite. L'ARC avait entrepris une enquête, car M. Slattery était en retard dans le versement de montants d'impôt sur le revenu. L'ARC a finalement demandé la mise en faillite de M. Slattery. Lors du décès de M. Slattery, un syndic de son actif a été nommé, lequel a déterminé que les biens de la succession n'étaient pas suffisants pour payer ce qui était dû à l'ARC. La succession a engagé une action contre la femme de M. Slattery qui était accusée de dissimuler des biens au nom de ce dernier. La succession a demandé que deux enquêteurs de l'ARC témoignent, une demande à laquelle M<sup>me</sup> Slattery s'est opposée en invoquant l'alinéa 241(3)b)

The connecting phrases used by Parliament in s. 241(3) are very broad. The confidentiality provisions are stated not to apply in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of the *Income Tax Act*. [Emphasis in original.]

[44] It further remarked that both connecting phrases suggested that a wide rather than narrow view should be taken when considering whether a proposed disclosure is in respect of proceedings relating to the administration or enforcement of the ITA.

[45] The report of findings does not reflect this broad interpretation. I can only conclude that the OPC erred in ignoring the factual and legal context of the proceedings between Mr. Holterman and Mr. O.

[46] The characterization of the legal proceedings by the OPC as “damages arising out of business dealings” is misleading. The CRA’s position was that the 2005 legal proceedings related to the administration or enforcement of the ITA because the information provided by Mr. O. formed the basis of the criminal charges against Mr. Holterman. Any legal proceedings calling into question the business dealings that were the subject of the criminal investigation are necessarily directly related to the administration and enforcement of the ITA.

[47] In January 2003, Mr. Holterman first filed a legal proceeding against Mr. O. which produced the minutes of settlement between the two parties. At that time, Mr. O. had already been interviewed a first time by the CRA in 2002 in the course of their investigation and the information provided formed the basis of the charges against Mr. Holterman. The minutes of settlement re-characterized the business transactions between Mr. Holterman and Mr. O. in a way that contradicted

de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. La Cour suprême du Canada a fait l’observation suivante [à la page 445] :

Les expressions conjonctives que le Parlement utilise dans la version anglaise du par. 241(3) sont très générales. On précise que les dispositions en matière de confidentialité ne s’appliquent pas aux [in respect of] poursuites ayant trait à [relating to] l’application ou à l’exécution de la *Loi de l’impôt sur le revenu*. [Souligné dans l’original.]

[44] Elle ajoute que les expressions conjonctives portent à croire qu’il y a lieu d’adopter une interprétation large plutôt qu’étroite en examinant si une communication proposée se rapporte à des poursuites ayant trait à l’application ou à l’exécution de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

[45] Cependant, le rapport des conclusions ne reflète pas cette large interprétation. Je ne peux que conclure que le Commissariat a commis une erreur en faisant abstraction du contexte factuel et juridique des procédures entre M. Holterman et M. O.

[46] La caractérisation que fait le Commissariat des poursuites judiciaires, en les qualifiant de [TRADUCTION] « dommages-intérêts découlant d’opérations commerciales », est trompeuse. L’ARC était d’avis que les poursuites judiciaires de 2005 avaient trait à l’administration ou à l’exécution de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, parce que les renseignements communiqués par M. O. ont servi de fondements aux accusations au criminel portées contre M. Holterman. Or, toute poursuite judiciaire remettant en question les transactions commerciales qui faisaient l’objet de l’enquête criminelle est nécessairement directement liée à l’administration et à l’exécution de la *Loi de l’impôt sur le revenu*.

[47] En janvier 2003, M. Holterman a engagé une première procédure judiciaire contre M. O., qui avait préparé le procès-verbal de la transaction entre les deux parties. À l’époque, l’ARC avait déjà interrogé M. O. une première fois dans le cadre de son enquête en 2002, et les renseignements recueillis avaient servi de base aux accusations portées contre M. Holterman. Le procès-verbal de la transaction a redéfini les opérations commerciales entre M. Holterman et M. O. d’une

Mr. O.'s testimony to the CRA, unbeknownst to the investigators.

[48] In May 2003, Mr. O. voluntarily gave a further interview to the CRA which produced the transcript at issue in this case. In this second interview, Mr. O. confirmed his prior testimony to the CRA which contradicted the minutes of settlement. In November 2003, Mr. Holterman launched legal proceedings against Mr. F. In December 2003, he launched further legal proceedings against Mr. O. and Mr. F. Both of these proceedings were stayed in 2004 pending the outcome of the criminal prosecution.

[49] When Mr. Holterman succeeded in his pre-trial motion challenging the validity of the information gathered to obtain warrants on Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*] grounds in 2005, he re-launched his December 2003 proceeding against Mr. O. The statement of claim clearly demonstrates that the information provided by Mr. O. to the CRA is at the heart of the matter between the parties. The OPC ignored that but for the CRA investigation Mr. Holterman would never have sued Mr. O. In my opinion, this is sufficient to meet the connection threshold set out in paragraph 241(3)(b) of the ITA and interpreted in the jurisprudence.

[50] In light of this conclusion, there is no need to decide if the transcript was public or not.

#### VIII. Conclusion

[51] The application for judicial review is granted.

[52] The OPC clearly misstated the facts of the case by ignoring the context in which the proceedings against Mr. O. were brought, thus erroneously interpreting paragraph 241(3)(b) of the ITA. Furthermore, the OPC had a common law duty to notify the applicant of the complaint even if she was not a party to it because she had a direct and significant interest in the outcome. The

manière qui allait à l'encontre du témoignage de M. O. devant l'ARC, et ce, à l'insu des enquêteurs.

[48] En mai 2003, M. O. a eu volontairement un autre entretien avec l'ARC, entretien qui a donné lieu à la transcription faisant l'objet du litige en l'espèce. Durant ce deuxième entretien, M. O. a confirmé son précédent témoignage devant l'ARC qui contredisait le procès-verbal de la transaction. En novembre 2003, M. Holterman a engagé des poursuites judiciaires contre M. F. Puis, en décembre 2003, il a engagé d'autres poursuites contre M. O. et M. F. Ces deux instances ont été suspendues en 2004, en attendant l'issue des poursuites au criminel.

[49] En 2005, lorsque la requête préalable au procès présentée par M. Holterman, et contestant la validité des renseignements recueillis pour obtenir les mandats, a été accueillie pour des motifs fondés sur la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*], ce dernier a réintroduit les actions qu'il avait engagées en décembre 2003 contre M. O. Dans sa déclaration, il indiquait clairement que les renseignements que M. O. avait communiqués à l'ARC étaient au cœur du litige entre les parties. Le Commissariat n'a pas tenu compte du fait que, n'eut été l'enquête de l'ARC, M. Holterman n'aurait jamais intenté de poursuite contre M. O. Je suis d'avis que cela suffit pour satisfaire au lien prévu à l'alinéa 241(3)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et interprété dans la jurisprudence.

[50] À la lumière de cette conclusion, il n'y a pas lieu de déterminer si la transcription était ou non du domaine public.

#### VIII. Conclusion

[51] La demande de contrôle judiciaire est accueillie.

[52] Le Commissariat a clairement rapporté incorrectement les faits en l'espèce, en ne tenant pas compte du contexte dans lequel l'action contre M. O. avait été engagée; il a donc fait une interprétation erronée de l'alinéa 241(3)(b) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. De plus, en vertu de la common law, le Commissariat avait l'obligation d'aviser la demanderesse de la plainte,

OPC's report of findings affected her professional reputation as a lawyer and she should have been given the opportunity to make representations to defend her interests.

[53] For the reasons above, the report of findings is quashed and the matter is sent back to the OPC for redetermination in accordance with these reasons. No costs are awarded.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that the report of findings is quashed and the matter is sent back to the Office of the Privacy Commissioner for redetermination. No costs are awarded.

#### APPENDIX A

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

8 ...

#### Where personal information may be disclosed

(2) Subject to any other Act of Parliament, personal information under the control of a government institution may be disclosed

...

(b) for any purpose in accordance with any Act of Parliament or any regulation made thereunder that authorizes its disclosure;

*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1

#### Provision of information

241 (1) Except as authorized by this section, no official or other representative of a government entity shall

(a) knowingly provide, or knowingly allow to be provided, to any person any taxpayer information;

même si celle-ci n'était pas partie à l'instance, car elle avait un intérêt direct et important dans l'issue de l'affaire. Le rapport des conclusions du Commissariat a terni la réputation professionnelle de la demanderesse en sa qualité d'avocate, et celle-ci aurait dû avoir la possibilité de présenter des observations pour défendre ses intérêts.

[53] Pour les motifs précités, le rapport des conclusions est annulé et l'affaire est renvoyée devant le Commissariat pour réexamen conformément à ces motifs. Aucuns dépens ne sont accordés.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE que le rapport des conclusions soit annulé et que l'affaire soit renvoyée au Commissariat à la protection de la vie privée du Canada aux fins de réexamen. Aucuns dépens ne sont accordés.

#### ANNEXE A

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

8 [...]

#### Cas d'autorisation

(2) Sous réserve d'autres lois fédérales, la communication des renseignements personnels qui relèvent d'une institution fédérale est autorisée dans les cas suivants :

[...]

b) communication aux fins qui sont conformes avec les lois fédérales ou ceux de leurs règlements qui autorisent cette communication;

*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1

#### Communication des renseignements

241 (1) Sauf autorisation prévue au présent article, il est interdit à un fonctionnaire ou autre représentant d'une entité gouvernementale :

a) de fournir sciemment à quiconque un renseignement confidentiel ou d'en permettre sciemment la prestation;

(b) knowingly allow any person to have access to any taxpayer information; or

(c) knowingly use any taxpayer information otherwise than in the course of the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan*, the *Unemployment Insurance Act* or the *Employment Insurance Act* or for the purpose for which it was provided under this section.

...

**Communication where proceedings have been commenced**

(3) Subsections 241(1) and 241(2) do not apply in respect of

(a) criminal proceedings, either by indictment or on summary conviction, that have been commenced by the laying of an information or the preferring of an indictment, under an Act of Parliament; or

(b) any legal proceedings relating to the administration or enforcement of this Act, the *Canada Pension Plan*, the *Unemployment Insurance Act* or the *Employment Insurance Act* or any other Act of Parliament or law of a province that provides for the imposition or collection of a tax or duty.

b) de permettre sciemment à quiconque d'avoir accès à un renseignement confidentiel;

c) d'utiliser sciemment un renseignement confidentiel en dehors du cadre de l'application ou de l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada*, de la *Loi sur l'assurance-chômage* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi*, ou à une autre fin que celle pour laquelle il a été fourni en application du présent article.

[...]

**Communication des renseignements en cours de procédures**

(3) Les paragraphes (1) et (2) ne s'appliquent :

a) ni aux poursuites criminelles, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire ou sur acte d'accusation, engagées par le dépôt d'une dénonciation ou d'un acte d'accusation, en vertu d'une loi fédérale;

b) ni aux procédures judiciaires ayant trait à l'application ou à l'exécution de la présente loi, du *Régime de pensions du Canada*, de la *Loi sur l'assurance-chômage* ou de la *Loi sur l'assurance-emploi* ou de toute autre loi fédérale ou provinciale qui prévoit l'imposition ou la perception d'un impôt, d'une taxe ou d'un droit.

# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. The full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court.*

**\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.**

---

## ANIMALS

Judicial review of Canada Agricultural Review Tribunal decision rejecting applicant's arguments that *Agriculture and Agri-Food Administrative Monetary Penalties Act*, S.C. 1995, c. 40, s. 18(1) (Act) infringing *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d) — Applicant part of conglomerate in pork industry — Asking Tribunal to review notices of violation issued by Canadian Food Inspection Agency as result of violations of *Health of Animals Regulations*, C.R.C., c. 296, s. 138(2)(a) — Applicant not challenging fact that administrative monetary penalties (AMPs) established in keeping with Regulations — However, applicant alleging that Act, s. 18(1) not constitutional, since contravening Charter, s. 7 by prohibiting defences of due diligence, reasonable mistake of fact — Applicant also alleging that Act, s. 19 not constitutional since contravening Charter, s. 11(d) given that Minister must prove violation only on balance of probabilities — To support arguments, applicant submitting three affidavits from small transportation companies all claiming to have difficulty meeting Act's requirements — Regarding Act, s. 19, Tribunal finding, *inter alia*, that AMP regime not infringing presumption of innocence, right to fair trial protected by Charter, s. 11(d) — Tribunal reiterating that s. 11 protections available only to persons "charged with an offence", therefore to persons subject to criminal prosecution, not to individuals subject to AMP — Regarding Act, s. 18, Tribunal not accepting applicant's arguments that quasi-absolute liability regime infringing right to security of person in manner not consistent with principles of fundamental justice — Tribunal finding that applicant failing to establish infringement of right to security, therefore not ruling on whether Act, s. 18(1) complying with principles of fundamental justice — Whether Tribunal erring in finding that Act, s. 18(1) not infringing Charter, s. 7 — Act, s. 18(1) Act not infringing right to security of person protected by Charter, s. 7 — Not demonstrated that AMP regime jeopardizing economic viability of affiants or their household, or left affiants in state of psychological distress potentially leading to concerns for their health — Violations of security of person "include only serious psychological incursions resulting from state interference with an individual interest of fundamental importance" (*Blencoe v. British Columbia (Human Rights Commission)*, 2000 SCC 44) — *Blencoe* instructive as to nature of state actions likely to violate security of person — Impact contraventions may have had on life of affiants not on same scale as stigmatization, psychological stress, financial difficulties Mr. Blencoe experiencing — Applicant could not cite any precedent in support of argument that state regulation of economic sector activity can cause enough stress to trigger application of Charter, s. 7 — Absolute liability offence in criminal law likely to violate principles of fundamental justice only in case of prison sentence — However, Act not providing for any prison sentence; AMP regime Act establishing clearly administrative in nature — Application dismissed.

MARIO CÔTÉ INC. v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-544-15, 2017 FCA 36, de Montigny, J.A., judgment dated February 16, 2017, 20 pp.)

## CONSTITUTIONAL LAW

### CHARTER OF RIGHTS

Motions to strike statements of claim filed in two proceedings in which plaintiffs bringing respective claims in form of proposed class actions — Each statement of claim asserting cause of action alleging breach of *Canadian Charter of Rights and Freedoms* seeking damages pursuant to s. 24(1) thereof — Proposed classes of claimants federal inmates whose rights to accelerated parole review removed by retrospective application of *Abolition of Early Parole Act*, S.C. 2011, c. 11 — Parliament's attempt to apply legislative change retrospectively ultimately held to be unconstitutional because in case of applicant Whaling,

**CONSTITUTIONAL LAW**—Concluded

violating *Charter*, s. 11(h) rights of three already sentenced inmates not to be punished again for same offence (*Canada (Attorney General) v. Whaling*, 2014 SCC 20, [2014] 1 S.C.R. 392) — In case of applicant Liang, *Charter* violation found to arise under s. 11(i) which extends to guilty person benefit of lesser punishment in face of legislative change occurring between dates of commission of offence, sentencing (*Liang v. Canada (Attorney General)*, 2014 BCCA 190, 355 BCAC 238) — Notwithstanding prior determination of *Charter* breaches, defendant moving to strike actions on basis statements of claim disclosing no reasonable cause of action; arguing statements insufficient to overcome Parliamentary immunity for consequences flowing from passage of unconstitutional legislation — Defendant also arguing actions statute barred, should be struck based on estoppel, abuse of process — Plaintiffs filing amended statements of claim offering further support for proposed causes of action — Whether motion to strike should be allowed; whether actions statute barred; whether actions should be struck on basis of estoppel, abuse of process — Plaintiffs relying on general references in *Mackin v. New Brunswick*, 2002 SCC 13, [2002] 1 S.C.R. 405 to argue that Court should, at this early stage, entertain cause of action based on practical political realities, ignore *de jure* separation of responsibilities — *Henry v. British Columbia (Attorney General)* 2015 SCC 24, [2015] 2 S.C.R. 214 establishing need for adequate pleadings in context of claim to *Charter* damages arising from alleged prosecutorial misconduct, to particularize facts that, if proven, would be sufficient to establish state conduct meeting required threshold of gravity — Failure to do so fatal to claim — While plaintiffs' allegations of recklessness, bad faith, abuse of power appearing unobjectionable, addressing issue of Parliamentary immunity, allegations insufficient by themselves to defeat motion to strike — Conclusory pronouncements must be supported by assertion of material facts but present pleadings coming up short thereon — Plaintiffs maintaining that requisite material facts found in reference to “proposing, pursuing, passing bill into law which [defendant] knew or ought to have known to be unconstitutional and would infringe the rights of those to whom it applied, and did so motivated by political self-interest” — This statement unsupported conclusion, insufficient to inform defendant of case to be met — Amended plea factually unsupported allegation that defendant passing into law statutory amendment it knew or ought to have known to be unconstitutional — Pleading missing assertion of material fact tending to establish liability threshold necessary to obtain *Charter* damages for passage of unconstitutional legislation — No bright-line test existing for grounding liability in cases such as present matter emerging from *Mackin* — What does emerge from majority in *Mackin* is uncertainty about where boundaries of limited immunity for legislative action beginning, ending — Discussion of principles of justiciability typically guiding any judicial intrusion into business of Parliament also lacking from *Mackin* — In context of search of Parliamentary intent in passing legislation, questions arising that not readily amenable to or appropriate for judicial determination, not justiciable — Court examining possible approaches in determining availability of *Charter* damages — Protection of constitutional rights, need for effective government constituting competing interests in determining availability of compensation when *Charter* rights' breached — Division in thinking at Supreme Court of Canada on availability of *Charter* damages in face of common law, statutory immunities protecting state actors profound — Plaintiffs' oral argument for blending of executive, legislative functions having no prospect for success since legislation subject of present action proposed, passed into law by minority government with support of members of opposition; also, nothing in proposed statements of claim articulating plaintiffs' newly advanced theory of liability — Thus, statements of claim presently constituted failing to meet legal requirements set out in *Henry* — Therefore, struck out in entirety but leave to amend statements granted — Regarding limitations defence, causes of action plaintiffs seeking to advance not arising in province where any particular class member held at time of passage of impugned legislation but arising otherwise than in province as contemplated by *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39(2); thus subject to six-year limitation period — Because proposed class actions brought in response to Parliamentary action, pursuant to unconstitutional federal legislation, for loss of right guaranteed by federal legislation, claims can only be purposively seen to arise otherwise than in province — Therefore, even if earliest possible date chosen for causes of action to arise (date impugned legislation coming into force), plaintiffs, other members of proposed classes not statute barred — Argument that actions should be struck on basis of estoppel, abuse of process principles rejected — While technical requirements for establishing cause of action estoppel present herein, defence should not be applied to present cases — Court always having residual discretion in application of estoppel or abuse of process defences — If actions reconstituted with proper pleadings, ultimately certified as class proceedings, would be inappropriate to bar them on basis of defences argued — Members of proposed classes should not be prejudiced by litigation conduct of representative plaintiffs; also practical difficulties faced by representative plaintiffs existing in bringing initial constitutional challenges — These matters dictate that persons affected by unconstitutional removal of access to earlier parole ought not be deprived of opportunity to seek monetary relief on basis of estoppel or abuse of process — Motions allowed subject to plaintiffs' rights to amend pleadings, refile.

WHALING V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-455-16, T-456-16, 2017 FC 121, Barnes J., judgment dated January 31, 2017, 21 pp.)

## FOOD AND DRUGS

Appeal from Federal Court decision (2015 FC 1331) dismissing application for judicial review of Minister of Health's failure to respond to appellants' request to make submissions to Health Canada on application of respondent International Herbs Medical Marijuana Ltd. (proponent) to become licensed medical marijuana producer pursuant to *Marihuana for Medical Purposes Regulations*, SOR/2013-119 (repealed), to establish production facility in Delta, British Columbia — Appellants, corporation, union conducting business on adjacent property of proposed production facility opposing respondent's application since believing in particular that proximate operation of marijuana cultivation detrimental to health, safety, security of members, employees — Federal Court determining that neither Regulations nor common law providing appellants with right to participate in licensing process for medical marijuana production — Appellant P&S Holdings Ltd. owning neighbouring property to proposed production site — Property used in particular as offices, trade school, restaurant — Municipality of Delta controlling location of medical marijuana production facilities by way of site-specific approval given coming into force of Regulations — Proponent submitting application to Delta Municipality to rezone proposed production site for medical marijuana production; appellants expressing concerns orally, in writing — Nevertheless, Delta proceeding with proposed rezoning as recommended by municipality's Community Planning and Development Department — Thereafter, appellants applying to Minister for participatory standing in licensing process — In judicial review, seeking to be heard on how interests stand to be affected by licensing of marijuana growing operation adjacent to property, seeking order of *mandamus* directing Minister to grant their request for participatory standing, opportunity to be heard in licensing process — Federal Court determining that Regulations not affording participatory rights to strangers to licensing process such as appellants — Only various parties directly implicated in licensing process afforded right to be heard since Regulations not contemplating any role for parties such as appellants in licensing process; therefore, strangers to licensing process excluded from entitlement to participation in process by necessary implication — As to zoning process, Federal Court determining that appellants' objections generic in nature, that appellants having right to participate in municipal zoning process if having concerns regarding proposed use for neighbouring property but having no right (statutory or common law) to participate in licensing process — Whether Federal Court erring in finding that Minister not owing appellants duty of procedural fairness, therefore not having to grant them participatory rights in licensing process; whether Federal Court could find that any common law duty of procedural fairness having been ousted by regulatory scheme — Federal Court aware of distinction between application of duty of fairness, content in particular setting — In determining whether Minister owing applicants duty of fairness such that entitled to participate in licensing process, Federal Court entitled to look at nature, purpose of statutory scheme at issue — Common law duty of fairness not free-standing; reviewing courts must examine scheme according to which impugned administrative decision taken — Federal Court considering nature, purpose of regulatory scheme, finding that appellants strangers to process; therefore, not entitled to minimum degree of participation — Appellants emphasizing Regulations, s. 26(1)(h) pertaining to public health, safety, security in arguing that interests thereof standing to be affected by outcome of Minister's determination given proximity of proposed site to appellants' property but clear from reading of licensing scheme set by Regulations, Regulatory Impact Analysis Statement that security key concern for Health Canada — Conditions to be met before licence can issue reflecting those preoccupations — Based on Regulations, clear that Minister's foremost concern when deciding whether to issue licence must be to ensure security, safety of commercial production, distribution of marijuana for medical purposes — Parliament would exceed jurisdiction, trench upon provincial heads of power if it were to delegate to Minister power to determine where marijuana production facilities may be geographically located — Location of production facilities pure zoning issue falling either within power of provincial legislation to make laws in relation to municipal institutions or in relation to local or private matters — Federal, provincial levels of government harmonizing legislation, deferring to one another for matters not squarely falling within jurisdiction — Appellants' concerns not relating to health, safety, security as argued but rather generic in nature, pertaining to location of proposed production site — Therefore, Federal Court perfectly justified to find that appellants' objections having nothing to do with licence being granted to applicant in particular but rather general in nature relating to anyone building marijuana production facility next to property — Concerns pertaining to location dealt with by local authorities in exercise of jurisdiction respecting zoning, other local matters — Whether appellants having further opportunity or right to participate in rezoning process immaterial to issue as to whether appellants having right to participate in medical marijuana production licensing process — Regulatory licensing scheme cannot be used to bypass decision that has been delegated to municipal authorities, to broaden impermissibly Minister's mandate — While determination sufficient to dismiss appeal, other comments made regarding implications to be drawn from Regulations' silence as to participatory rights of third parties — In present case, no express language abrogating participatory rights of third parties but Regulations addressing explicitly participatory rights of those directly affected by licensing scheme — However, Regulations silent on participatory rights of opponents to licence like appellants but also specifically granting such rights to number of individuals — Clear from sections mentioned in Regulations that Governor in Council, Minister, in drafting Regulations knew exactly to whom offering procedural

**FOOD AND DRUGS—Concluded**

fairness rights; omission of third parties like appellants thus not oversight — Construction of Regulations by Federal Court therefore entirely reasonable — Appeal dismissed.

P. & S. HOLDINGS LTD. V. CANADA (A-561-15, 2017 FCA 41, de Montigny J.A., judgment dated March 1, 2017, 19 pp.)

**LABOUR RELATIONS**

Appeal from Federal Court decision (2015 FC 617) dismissing application for judicial review of adjudicator's decision (2013 PSLRB 80) dismissing appellant's grievances filed under *Public Service Labour Relations Act*<sup>1</sup>, S.C. 2003, c. 22, s. 2 — Appellant civilian clerk with RCMP, possessing reliability status — RCMP management noting deficiencies in appellant's performance, attitude — Levying suspension against appellant — Later electing to revoke appellant's reliability status, followed by termination of position while appellant on sick leave — Adjudicator determining, *inter alia*, that RCMP management's decision to review appellant's eligibility for reliability status, decision to revoke that status not constituting acts of disguised discipline, not made in bad faith or in violation of appellant's rights to procedural fairness — Consequently holding that merits of revocation could not be subject of grievance — Main issue whether adjudicator's disguised discipline assessment supportable — Adjudicator's conclusion on issue of disguised discipline unsupportable — Adjudicator failing to address impact of decision on appellant — Unreasonably focussing assessment of disguised discipline issue almost exclusively on employer's lack of bad faith in deciding to initiate security review process, to eventually revoke appellant's reliability status — Employer's subjective intent not determinative of whether employer engaging in disguised discipline — Objective assessment of what actually occurred required by adjudicator — Revocation of appellant's reliability status, termination acts of disguised discipline — Reasons for revoking appellant's reliability status normally grounds for discipline — RCMP already embarked on process of levying discipline — Revocation selected as means of removing appellant from workplace — Holding otherwise leading to unreasonable result that employer could evade protection provided to employees against termination without cause merely because it had good faith belief that employee no longer loyal, reliable or trustworthy — Upholding adjudicator's decision in this case leading to hollowing out of cause protection enshrined in Act — Appeal allowed.

BERGEY V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (A-283-15, 2017 FCA 30, Gleason J.A., judgment dated February 10, 2017, 64 p.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Applicants seeking order prohibiting Minister of Health from issuing, pursuant to *Patented Medicines (Notice of Compliance) Regulations*, SOR/93-133 notice of compliance to respondent Mylan Pharmaceuticals ULC (respondent) respecting generic naproxen-esomeprazole magnesium tablet product until expiry of Canadian Patent No. 2449098 ('098 Patent) — Nonsteroidal anti-inflammatory drugs (NSAIDs) commonly used to treat pain, fever, inflammation through analgesic, anti-inflammatory properties — NSAIDs amongst world's most widely used medications, capable of causing gastrointestinal (GI) injuries — Approaches to mitigating side effects including taking co-therapy drugs such as misoprostol, proton pump inhibitors (PPIs) with NSAIDs — Present application relating to formulation of immediate-release prophylactic medication to address deleterious effects of NSAIDs, namely VIMOVO, marketed by applicant AstraZeneca Canada Inc. — VIMOVO brand name of AstraZeneca's patented naproxen-esomeprazole magnesium tablet pairing naproxen (NSAID) with esomeprazole magnesium — '098 patent owned by applicant Pozen Inc., listed on Health Canada Patent Register against AstraZeneca's VIMOVO drug — '098 patent stating new method of reducing GI risks ensuing from single unit dosage form providing coordinated, sequential release of acid inhibitor first, NSAID second — Respondent filing abbreviated new drug submission with Minister of Health for issuance of notice of compliance (NOC) respecting generic naproxen-esomeprazole magnesium tablet product; serving notice of allegation (NOA) on AstraZeneca wherein claiming non-infringement of certain claims of '098 Patent, invalidity on several grounds, in particular obviousness — Applicants thereafter initiating present proceeding under Regulations, s. 6(1), asserting specific claims — Whether asserted claims of '098 patent invalid — In analysing obviousness, analysis turning on which experts providing most compelling evaluations of common general knowledge held by POSITA (person of ordinary skill in the art), state of art, other factors — Common general knowledge at relevant time including several approaches to formulating acid-sensitive compounds such as PPIs; that alternatives to enteric coating PPI existing — As to inventive concept, nothing novel or inventive about

<sup>1</sup> Now called the *Federal Public Sector Labour Relations Act*. (See S.C. 2017, c. 9, s. 2.)

**PATENTS**—Concluded

combining NSAID, PPI nor specific type of each used in asserted claims — Therefore, inventive concept tablet formulated for immediate release of portion or all of PPI — Application of sequential release profile in NSAID-PPI co-formulation novel — Thus, difference between state of art, inventive concept lying in sequential release profile achieved by decision not to fully enteric coat PPI — “Obvious to try” test warranted herein — Inventive concept in present case obvious to try because: (i) limited number of predictable solutions in managing GI injury existing that would have been more or less self-evident to work; (ii) invention not involving undue amount of effort to achieve; (iii) strong motive existing to combine NSAID with PPI in single dosage combination with sequential release profile — Would have been self-evident to POSITA that ARTHROTEC-type of architecture could be successfully applied to NSAID-PPI formulation — Therefore, would have been more or less self-evident to POSITA that sequential release profile in asserted claims, achieved in part by decision not to fully enteric coat PPI, would work — Only limited amount of effort required to achieve inventive concept — Even if prior art would have alerted skilled person that something might be “worth trying”, remaining insufficient to make it obvious to try unless invention more or less self-evident — Asserted claims obvious to try — Would have been more or less self-evident to POSITA to try to obtain sequential release formulation addressed in asserted claims, that such formulation would work — Also would have been self-evident to POSITA to combine ample common general knowledge known at relevant time with limited amount of prior art to arrive at inventive concept, expecting it to work — Therefore, respondent’s allegations that obvious to try to obtain sequential release of NSAID-PPI formulation in single oral dosage combination having air of reality — AstraZeneca failing to establish that respondent’s allegations of invalidity on basis of obviousness unjustified — Application dismissed.

ASTRAZENECA CANADA INC. v. MYLAN PHARMACEUTICALS ULC (T-336-15, 2017 FC 142, Diner J., judgment dated February 7, 2017, 57 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

*Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale.*

**\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.**

---

## ALIMENTS ET DROGUES

Appel d'une décision (2015 CF 1331) par laquelle la Cour fédérale a rejeté la demande de contrôle judiciaire du défaut par la ministre de la Santé de répondre à la demande des appelants de présenter des observations à Santé Canada concernant la demande de l'intimée, International Herbs Medical Marijuana Ltd. (promoteur), visant à devenir un producteur autorisé de marijuana à des fins médicales en vertu du *Règlement sur la marijuana à des fins médicales*, DORS/2013-119 (abrogé) et à établir une installation de production à Delta, en Colombie-Britannique — Les appelants, une société et un syndicat menant leurs activités sur une propriété adjacente à l'installation de production proposée, s'opposent à la demande de l'intimée parce qu'ils croient en particulier que l'exploitation d'une culture de marijuana à proximité est néfaste pour la santé et la sécurité de leurs membres et de leurs employés — La Cour fédérale a déterminé que ni le Règlement ni la common law ne confèrent aux appelants le droit de participer au processus d'octroi d'une licence de production de marijuana à des fins médicales — L'appelante P&S Holdings Ltd. possède une propriété voisine au site de production proposé — La propriété est utilisée comme bureaux, école de métiers et restaurant — La municipalité de Delta contrôle l'emplacement des installations de production de marijuana en octroyant des approbations de site depuis l'entrée en vigueur du Règlement — Le promoteur a présenté une demande à la municipalité de Delta en vue de faire modifier le zonage du site de production proposé pour y produire de la marijuana à des fins médicales; les appelants ont exprimé des préoccupations par voie orale et par écrit — Néanmoins, la municipalité de Delta a procédé au rezonage proposé sur la recommandation du département de l'urbanisme et du développement de la municipalité — Par la suite, les appelants ont présenté une demande à la ministre afin de pouvoir participer au processus d'octroi de licence — Lors du contrôle judiciaire, ils ont demandé à être entendus sur la façon dont leurs intérêts risquaient d'être mis en péril par l'octroi d'une licence de production de marijuana à côté de leur propriété et ont demandé une ordonnance de *mandamus* afin d'obliger la ministre à accepter leur demande de participation au processus d'octroi de licence et de leur accorder l'occasion d'être entendus — La Cour fédérale a jugé que le Règlement n'accordait pas de droit de participation aux parties étrangères au processus, comme les appelants — Seulement les diverses parties directement touchées par le processus ont le droit d'être entendues puisque le Règlement ne confère aucun rôle aux parties comme les appelants dans le processus d'octroi de licence; par conséquent, les étrangers au processus n'ont pas le droit d'y participer, par déduction nécessaire — Quant au processus de zonage, la Cour fédérale a déterminé que les objections des appelants étaient de nature générique, que les appelants avaient le droit de participer au processus de zonage municipal s'ils avaient des préoccupations concernant l'utilisation proposée de la propriété voisine, mais qu'ils n'avaient aucun droit (conféré par une loi ou par la common law) de participer au processus d'octroi de licence — Il s'agissait de savoir si la Cour fédérale a commis une erreur en concluant que la ministre n'avait pas d'obligation d'équité procédurale envers les demandeurs et par conséquent, n'était pas obligée de leur accorder des droits de participation au processus d'octroi de licence; et si la Cour fédérale pouvait conclure que le système de réglementation l'emporte sur toute obligation d'équité procédurale en common law — La Cour fédérale est au courant de la distinction entre l'application de l'obligation d'équité et son contenu dans un contexte particulier — Lorsqu'elle a déterminé si la ministre avait une obligation d'équité procédurale envers les demandeurs de sorte qu'ils aient le droit de participer au processus d'octroi de licence, la Cour fédérale avait le droit d'examiner la nature et l'objectif du système de réglementation en cause — L'obligation d'équité procédurale en common law n'est pas indépendante; les tribunaux de révision doivent examiner le régime selon lequel la décision administrative contestée a été prise — La Cour fédérale a examiné la nature et l'objectif du système de réglementation et a conclu que les appelants étaient étrangers au processus; par conséquent, ils n'avaient pas le droit à un degré minimal de participation — Les appelants se sont reposés sur l'art. 26(1)*h*) du Règlement, lequel porte sur la santé et la sécurité publique, pour alléguer que leurs intérêts risquaient d'être touchés par la décision de la ministre étant donné la proximité du site proposé avec la propriété des

**ALIMENTS ET DROGUES—Fin**

appelants, mais il est clair d'après la lecture du régime de licence établi par le Règlement et le résumé de l'étude d'impact de la réglementation que la sécurité était une préoccupation importante pour Santé Canada — Les conditions à remplir avant de pouvoir obtenir une licence reflètent ces préoccupations — D'après le Règlement, il est clair que la principale préoccupation de la ministre lorsqu'il s'agit de décider s'il y a lieu d'octroyer une licence doit être d'assurer la sécurité de la production commerciale et de la distribution de marijuana à des fins médicales — Le Parlement outrepasserait sa compétence et empiéterait sur les sphères de compétence provinciale s'il délèguait à la ministre le pouvoir de déterminer l'emplacement géographique des installations de production de marijuana — L'emplacement des installations de production est une question de zonage pure qui relève du pouvoir des provinces d'adopter des lois liées aux institutions municipales ou aux questions locales ou privées — Les gouvernements fédéral et provinciaux harmonisent leurs lois et s'en remettent l'un à l'autre pour les questions qui ne relèvent pas carrément de leur compétence — Les préoccupations des appelants ne concernaient pas la santé et la sécurité comme ils le prétendaient, mais étaient plutôt de nature générique et touchaient l'emplacement du site de production proposé — En conséquence, la Cour fédérale était parfaitement justifiée de conclure que les objections des appelants n'avaient rien à voir avec le fait qu'une licence était octroyée à la demanderesse en particulier, mais étaient plutôt de nature générale et visaient toute personne qui déciderait de construire une installation de production de marijuana à côté de leur propriété — Les préoccupations touchant l'emplacement sont traitées par les autorités locales dans l'exercice de leur pouvoir concernant le zonage et les autres questions locales — La question de savoir si les appelants auront une autre occasion ou le droit de participer au processus de rezonage est sans importance eu égard à la question de savoir si les appelants ont le droit de participer au processus d'octroi d'une licence de production de marijuana à des fins médicales — Un processus réglementaire d'octroi de licence ne peut pas être utilisé pour contourner une décision qui a été déléguée aux autorités municipales ou pour élargir de façon inadmissible le mandat de la ministre — Bien que cette décision soit suffisante pour rejeter l'appel, d'autres commentaires ont été formulés concernant les implications à tirer du silence du Règlement à propos des droits de participation des tiers — En l'espèce, aucune disposition expresse n'abroge les droits de participation des tiers, mais le Règlement mentionne explicitement les droits de participation des parties directement touchées par le processus d'octroi de licence — Cependant, le Règlement est silencieux sur les droits de participation des parties opposées à l'octroi d'une licence comme les appelants, mais accorde précisément de tels droits à certaines personnes — Il est clair à la lecture des articles mentionnés dans le Règlement que le gouverneur en conseil et la ministre, lorsqu'ils ont rédigé le Règlement, savaient exactement à qui accorder des droits d'équité procédurale; l'omission des tierces parties n'est donc pas un oubli — L'interprétation que la Cour fédérale a faite du Règlement étaient donc entièrement raisonnables — Appel rejeté.

P. & S. HOLDINGS LTD. C. CANADA (A-561-15, 2017 CAF 41, juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 1<sup>er</sup> mars 2017, 19 p.)

**ANIMAUX**

Contrôle judiciaire d'une décision de la Commission de révision agricole du Canada rejetant les prétentions de la demanderesse à l'effet que l'art. 18(1) de la *Loi sur les sanctions administratives pécuniaires en matière d'agriculture et d'agroalimentaire*, L.C. 1995, ch. 40 (la Loi) enfreint les art. 7 et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* — La demanderesse fait partie d'un conglomérat d'intégration dans le domaine du porc — Elle a demandé à la Commission la révision de procès-verbaux délivrés par l'Agence canadienne d'inspection des aliments à la suite de violations de l'art. 138(2)a) du *Règlement sur la santé des animaux*, C.R.C., ch. 296 — La demanderesse n'a pas contesté que les montants de sanctions administratives pécuniaires (SAP) ont été établis en conformité avec le Règlement — Elle a cependant allégué l'inconstitutionnalité de l'art. 18(1) de la Loi, qui contreviendrait à l'art. 7 de la Charte en rendant inadmissibles les défenses de diligence raisonnable et d'erreur raisonnable sur les faits, ainsi que de l'art. 19, qui contreviendrait à l'art. 11d) de la Charte dans la mesure où le ministre n'est tenu de prouver l'existence d'une violation que selon la prépondérance des probabilités — Au soutien de ses prétentions, la demanderesse a déposé trois affidavits de petits transporteurs qui disent tous peiner à rencontrer les exigences de la Loi au soutien — S'agissant de l'art. 19 de la Loi, la Commission a conclu, entre autres, que le régime des SAP n'enfreint pas la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable garanti par l'art. 11d) de la Charte — Elle a réitéré que les garanties offertes par l'art. 11 ne s'adressent qu'aux personnes « inculpées », donc aux personnes faisant l'objet d'une poursuite criminelle, par opposition aux individus visés par une SAP — En ce qui concerne l'art. 18 de la Loi, la Commission n'a pas retenu les prétentions de la demanderesse à l'effet qu'un régime de responsabilité quasi absolu portait atteinte à la sécurité de la personne d'une façon non conforme aux principes de justice fondamentale — La Commission était d'avis que la demanderesse n'a pas réussi à établir une atteinte au droit à la sécurité, et ne s'est donc pas prononcé sur la conformité de l'art. 18(1) de la Loi avec les principes de justice fondamentale — Il s'agissait de savoir si la Commission a erré en concluant que l'art. 18(1) de la Loi ne porte pas atteinte à l'art. 7 de la Charte — L'art. 18(1) de la Loi n'enfreint pas le droit à la sécurité de la personne protégé par l'art. 7 de la Charte — Il n'a

**ANIMAUX—Fin**

pas été démontré que le régime des SAP ait mis en péril la viabilité économique des affiants ou de leur ménage, ou les ait plongés dans un état de détresse psychologique tel que l'on pourrait craindre pour leur santé — L'atteinte à la sécurité de la personne « n'englobe que l'atteinte grave à l'intégrité psychologique résultant de l'atteinte de l'État à un droit individuel d'importance fondamentale » (*Blencoe c. Colombie-Britannique (Human Rights Commission)*, 2000 CSC 44) — L'affaire *Blencoe* est instructive quant à la nature des actes posés par l'État susceptibles de porter atteinte à la sécurité d'un individu — L'impact qu'ont pu avoir les contraventions sur la vie des affiants n'est pas du même ordre que la stigmatisation, le stress psychologique et les difficultés financières qu'avait rencontré M. Blencoe — La demanderesse n'a pu citer aucun précédent à l'appui de sa prétention à l'effet que la réglementation par l'État d'un secteur d'activité économique puisse causer un stress suffisant pour déclencher l'application de l'art. 7 de la Charte — Une infraction de responsabilité absolue en droit pénal n'est susceptible de contrevenir aux principes de justice fondamentale que dans la mesure où une peine d'emprisonnement est prévue — Or, la Loi ne prévoit aucune peine d'emprisonnement, et le régime des SAP qu'elle met en place est clairement de nature administrative — Demande rejetée.

MARIO CÔTÉ INC. C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-544-15, 2017 CAF 36, juge de Montigny, J.C.A., jugement en date du 16 février 2017, 20 p.)

**BREVETS**

## CONTREFAÇON

Les demandereses ont sollicité une ordonnance pour interdire au ministre de la Santé d'émettre, conformément au *Règlement sur les médicaments brevetés (avis de conformité)*, DORS/93-133 un avis de conformité à la demanderesse Mylan Pharmaceuticals ULC (l'intimée) en ce qui a trait au produit générique de naproxène et d'ésoméprazole magnésien en comprimé jusqu'à l'expiration du brevet canadien n° 2449098 (le brevet '098) — Les anti-inflammatoires non stéroïdiens (AINS) sont couramment utilisés pour traiter la douleur, la fièvre et l'inflammation en raison de leurs propriétés analgésiques et anti-inflammatoires — Les AINS comptent parmi les médicaments les plus répandus dans le monde, et peuvent causer des lésions gastro-intestinales (LG) — Les approches pour atténuer les effets secondaires ont inclus la prise de médicaments en co-thérapie tels que le misoprostol et des inhibiteurs de la pompe à protons (IPP) avec des AINS — La présente demande concernait la formulation d'un médicament prophylactique à libération immédiate pour traiter les effets néfastes des AINS, à savoir le VIMOVO, commercialisé par la demanderesse AstraZeneca Canada Inc. — VIMOVO est le nom de marque du comprimé de naproxène et d'ésoméprazole magnésien breveté d'AstraZeneca associant le naproxène (AINS) et l'ésoméprazole magnésien — Le brevet '098 appartient à la demanderesse Pozen Inc. et est inscrit sur le registre des brevets de Santé Canada contre le médicament VIMOVO d'AstraZeneca — Le brevet '098 indique une nouvelle méthode de réduction des risques de LG grâce à une forme posologique unique qui assure en premier lieu une libération coordonnée et séquentielle d'un inhibiteur de la sécrétion acide, puis de l'AINS — L'intimée a déposé une présentation abrégée de drogue nouvelle (PADN) auprès du ministre de la Santé en vue de la délivrance d'un avis de conformité (AC) concernant le produit générique de naproxène et d'ésoméprazole magnésien en comprimé; elle a signifié un avis d'allégation à AstraZeneca dans lequel elle alléguait la non-contrefaçon de certaines revendications du brevet '098 et l'invalidité pour plusieurs motifs, en particulier l'évidence — Les demandereses ont par la suite intenté la présente procédure en vertu de l'art. 6(1) du Règlement en faisant valoir des revendications particulières — Il s'agissait de savoir si les revendications particulières du brevet '098 étaient invalides — En analysant l'évidence, l'analyse a porté sur la question de savoir quels experts fournissaient les évaluations les plus convaincantes des connaissances générales courantes détenues par une personne moyennement versée dans l'art, l'état de la technique et d'autres facteurs — Les connaissances générales courantes au moment pertinent comprenaient plusieurs approches pour la formulation de composés sensibles à l'acide tels que les IPP; il existait des solutions de rechange à l'enrobage gastrorésistant des IPP — En ce qui concerne le concept inventif, il n'y avait rien de nouveau ou d'inventif dans la combinaison de l'AINS, l'IPP ou de tout autre type précis de chacun de ces produits dans les revendications invoquées — Par conséquent, le comprimé au concept inventif a été formulé pour la libération immédiate d'une partie ou de la totalité de l'IPP — L'application du profil de libération séquentielle dans la co-formulation de l'AINS et de l'IPP était nouvelle — Donc, la différence entre l'état de la technique et le concept inventif reposait sur le profil de libération séquentielle obtenu par la décision de ne pas enrober intégralement l'IPP de manière gastrorésistante — Le critère de l'« essai allant de soi » était justifié dans les présentes — Le concept inventif en l'espèce allait de soi pour les raisons suivantes : (i) il y avait un nombre limité de solutions prévisibles dans la gestion des LG existantes qui allaient plus ou moins de soi; (ii) l'invention n'impliquait pas un déploiement d'effort excessif; (iii) il y avait un puissant motif de combiner l'AINS avec l'IPP dans une combinaison de posologie unique avec un profil de libération séquentielle — Il aurait été évident pour la personne moyennement versée dans l'art que l'architecture de

**BREVETS—Fin**

type ARTHROTEC pouvait s'appliquer avec succès à la formulation AINS-IPP — Par conséquent, il allait plus ou moins de soi pour la personne moyennement versée dans l'art que le profil de libération séquentielle dans les revendications invoquées, obtenu en partie par la décision de ne pas enrober intégralement l'IPP de manière gastrorésistante, fonctionnerait — Seul un effort limité était requis pour obtenir un concept inventif — Même si l'antériorité aurait alerté la personne versée dans l'art que prendre une mesure pourrait « valoir le coup », cela demeurerait insuffisant pour en faire un essai allant de soi, à moins que l'invention allât plus ou moins de soi — Les revendications invoquées allaient de soi — L'essai serait allé plus ou moins de soi pour la personne moyennement versée dans l'art d'essayer d'obtenir la formulation de libération séquentielle indiquée dans les allégations invoquées et qu'une telle formulation fonctionnerait — Il serait allé également de soi pour la personne versée dans l'art de combiner ses nombreuses connaissances générales courantes connues au moment pertinent à un peu d'antériorité pour en arriver à un concept inventif, et s'attendre à ce que cela fonctionne — Par conséquent, les allégations de l'intimée selon lesquelles cela allait de soi de tenter d'obtenir une libération séquentielle de la formulation AINS-IPP dans une combinaison posologique orale unique étaient vraisemblables — AstraZeneca n'a pas établi que les allégations d'invalidité de l'intimée au motif de l'évidence étaient injustifiées — Demande rejetée.

ASTRAZENECA CANADA INC. c. MYLAN PHARMACEUTICALS ULC (T-336-15, 2017 CF 142, juge Diner, jugement en date du 7 février 2017, 57 p.)

**DROIT CONSTITUTIONNEL**

## CHARTRE DES DROITS

Requêtes en radiation de déclarations déposées dans deux procédures dans lesquelles les demandeurs ont présenté leurs réclamations respectives sous forme de recours collectifs envisagés — Chaque déclaration faisait valoir une cause d'action fondée sur une violation de la *Charte canadienne des droits et libertés* et cherchait à obtenir des dommages-intérêts en vertu de l'art. 24(1) de celle-ci — Les groupes envisagés de requérants étaient des détenus fédéraux dont les droits à la procédure d'examen expéditif ont été supprimés par l'application rétrospective de la *Loi sur l'abolition de la libération anticipée des criminels*, L.C. 2011, ch. 11 — La tentative du législateur d'appliquer la modification législative de manière rétrospective a finalement été jugée inconstitutionnelle, car, dans le cas du demandeur Whaling, elle violait les droits garantis par l'art. 11*h* de la Charte de trois détenus qui avaient déjà été condamnés à ne pas être punis pour la même infraction (*Canada (Procureur général) c. Whaling*, 2014 CSC 20, [2014] 1 R.C.S. 392) — Dans le cas du demandeur Liang, la violation découlait de l'art. 11*i* de la Charte qui accorde au coupable le droit de bénéficier de la peine la moins sévère face aux modifications législatives entre la date de la perpétration de l'infraction et celle de la sentence (*Liang c. Canada (Procureur général)*, 2014 BCCA 190) — Malgré la détermination préalable de violations de la Charte, le défendeur a déposé une requête en radiation des actions au motif que les déclarations ne révélaient aucune cause d'action valable; il a fait valoir de plus que les déclarations ne suffisaient pas à surmonter l'immunité parlementaire pour les conséquences découlant de l'adoption d'une loi inconstitutionnelle — Le défendeur a également fait valoir que les actions étaient prescrites et devaient être radiées pour fin de non-recevoir et abus de procédure — Les demandeurs ont déposé des déclarations modifiées pour appuyer davantage leurs causes d'action envisagées — Il s'agissait de savoir si la requête en radiation devait être autorisée; si les actions étaient prescrites; et si les actions devaient être radiées pour fin de non-recevoir et abus de procédure — Les demandeurs se sont appuyés sur des références générales de l'arrêt *Mackin c. Nouveau-Brunswick*, 2002 CSC 13, [2002] 1 R.C.S. 405 pour faire valoir que la Cour devrait, à ce stade précoce, entendre la cause d'action selon les réalités politiques pratiques et ne pas tenir compte de la séparation *de jure* des responsabilités — L'arrêt *Henry c. Colombie-Britannique (Procureur général)* 2015 CSC 24, [2015] 2 R.C.S. 214 a établi la nécessité de présenter des actes de procédure adéquats dans le contexte d'une action en dommages-intérêts fondée sur la Charte découlant d'une présumée conduite blâmable de la poursuite et de préciser des faits qui, s'ils étaient prouvés, seraient suffisants pour établir que la conduite de l'État atteignait le seuil de gravité requis — Le défaut d'agir ainsi portait un coup fatal à la demande — Bien que les allégations d'imprudence, de mauvaise foi et d'abus de pouvoir des demandeurs aient semblé acceptables et abordaient la question de l'immunité parlementaire, ces allégations étaient insuffisantes en soi pour faire rejeter la requête — Les déclarations finales doivent être étayées par la présentation de faits pertinents, mais les présents actes de procédures ne répondaient pas à ce critère — Les demandeurs ont soutenu que les faits pertinents requis se trouvent dans la référence à la phrase [TRADUCTION] « proposer un projet de loi et adopter une loi que [le défendeur] savait ou aurait dû savoir qu'elle était inconstitutionnelle et porterait atteinte aux droits de ceux auxquels elle s'appliquait et a agi ainsi motivé par l'intérêt personnel » — Cette déclaration

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

ne constituait pas une conclusion appuyée par la preuve et ne suffisait pas à informer le défendeur des preuves qu'il devait produire — L'acte de procédure modifié constituait une allégation factuellement non étayée selon laquelle le défendeur a adopté une modification législative qu'il savait ou aurait dû savoir qu'elle était inconstitutionnelle — L'acte de procédure ne contenait pas d'allégation de fait pertinent tendant à établir le seuil de responsabilité nécessaire pour obtenir des dommages-intérêts en vertu de la Charte en raison de l'adoption de la loi inconstitutionnelle — Il n'existe pas de critère de démarcation nette pour fonder une déclaration de responsabilité dans des causes comme la présente instance qui découle de l'arrêt *Mackin* — Ce qui ressort de l'opinion majoritaire dans l'arrêt *Mackin*, c'est l'incertitude quant à savoir où les limites de l'immunité dans la prise de mesures législatives commencent et se terminent — Une discussion sur les principes de justiciabilité guidant essentiellement toute intrusion judiciaire dans les tâches parlementaires est également absente de l'arrêt *Mackin* — Dans le contexte de la recherche de l'intention du législateur en adoptant une loi, des questions surgissent qui ne se prêtent pas facilement à une détermination judiciaire ou dont une détermination judiciaire n'est pas appropriée ou qui ne sont pas justiciables — La Cour a examiné les approches possibles pour déterminer la possibilité d'accorder des dommages-intérêts en vertu de la Charte — La protection des droits constitutionnels et la nécessité d'un gouvernement efficace constituent des intérêts opposés lorsqu'il convient de déterminer la disponibilité d'une indemnité lorsque des droits garantis par la Charte ont été violés — La division dans le raisonnement de la Cour suprême du Canada sur la disponibilité d'un recours en dommages-intérêts fondés sur la Charte face à la common law et aux immunités légales qui protègent les acteurs de l'État est profonde — Les observations orales des demandeurs quant à la combinaison des fonctions exécutives et législatives n'avaient aucune chance de réussite puisque la législation faisant l'objet de la présente action envisagée a été adoptée par un gouvernement minoritaire avec le soutien des membres de l'opposition; de plus, rien dans les déclarations envisagées ne formulait la théorie de la responsabilité nouvellement avancée par les demandeurs — Par conséquent, les déclarations actuellement constituées ne respectaient pas les critères juridiques énoncés dans l'arrêt *Henry* — Par conséquent, elles ont été radiées intégralement, mais l'autorisation de les modifier a été accordée — En ce qui concerne la défense portant sur la prescription, les faits générateurs invoqués par les demandeurs ne sont pas survenues dans une province où un membre du groupe en particulier se trouvait au moment de l'adoption de la loi contestée — Ils ne sont pas survenues dans une province, comme le prévoit l'art. 39(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7; par conséquent, ces faits générateurs étaient assujetties à un délai de prescription de six ans — Étant donné que les recours collectifs envisagés ont été intentés en réponse à une mesure parlementaire, en vertu d'une loi fédérale inconstitutionnelle et en raison de la perte d'un droit garanti par une loi fédérale, les demandes peuvent être considérées uniquement comme n'étant pas survenues dans la province — Même si la date la plus rapprochée avait été choisie pour faire naître les causes d'action (la date d'entrée en vigueur de la législation contestée), ces causes n'étaient pas frappées de prescription pour les demandeurs et les autres membres des groupes envisagés — L'argument que les actions devraient être radiées selon les principes de fin de non-recevoir et d'abus de procédure a été rejeté — Bien que les exigences techniques pour établir la fin de non-recevoir de la cause d'action étaient présentes en l'espèce, le moyen de défense ne devrait pas être appliqué aux présentes instances — La Cour détient toujours un pouvoir discrétionnaire résiduel pour appliquer les moyens de défense fondés sur la fin de non-recevoir ou l'abus de procédure — Si les actions sont reconstituées avec les actes de procédure appropriés et qu'elles sont finalement autorisées à titre de recours collectif, il serait inapproprié de les interdire sur le fondement des moyens de défense invoqués — Les membres des catégories envisagées ne devraient pas être lésés par la conduite du litige de la part des plaignants qui les représentent; en outre, les plaignants représentés ont rencontré des difficultés pratiques lorsqu'ils ont voulu initialement contester la constitutionnalité de la loi — Ces questions exigent que les personnes visées par le retrait inconstitutionnel de l'accès à la libération conditionnelle anticipée ne soient pas privées de la possibilité de demander une réparation en dommages-intérêts pour fin de non-recevoir et abus de procédure — Requêtes accordées sous réserve des droits des demandeurs de modifier les actes de procédure et de les présenter de nouveau.

WHALING C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (T-455-16, T-456-16, 2017 CF 121, juge Barnes, jugement en date du 31 janvier 2017, 21 p.)

**RELATIONS DU TRAVAIL**

Appel interjeté à l'encontre d'une décision de la Cour fédérale (2015 CF 617) qui a rejeté la décision de l'arbitre (2013 CRTFP 80) de rejeter les griefs déposés par l'appelante en vertu de la *Loi sur les relations de travail dans la fonction publique*<sup>1</sup>, L.C. 2003, ch. 22, art. 2 — L'appelante travaille comme commis civile dans la GRC et détient une cote de fiabilité — La direction de la GRC a noté des lacunes dans le rendement et l'attitude de l'appelante — Elle a imposé une suspension à l'encontre de

<sup>1</sup> Maintenant désignée la *Loi sur les relations de travail dans le secteur public fédéral* (Voir L.C. 2017, ch. 9, art. 2.)

**RELATIONS DU TRAVAIL—Fin**

l'appelante — La GRC a décidé par la suite de révoquer la cote de fiabilité de l'appelante et a licencié celle-ci alors que l'appelante était en congé de maladie — L'arbitre a déterminé entre autres que la décision prise par la direction de la GRC de réexaminer l'admissibilité de l'appelante à détenir une cote de fiabilité et la décision de révoquer cette cote ne constituaient pas des mesures disciplinaires déguisées et que celles-ci n'ont pas été prises de mauvaise foi ou en violation des droits de l'appelante à l'équité procédurale — Par conséquent, l'arbitre a jugé que le bien-fondé de la révocation ne pouvait pas faire l'objet d'un grief — Il s'agissait principalement de savoir si l'évaluation de l'arbitre quant à la mesure disciplinaire déguisée était justifiable — La conclusion de l'arbitre sur la question de la mesure disciplinaire déguisée n'était pas justifiable — L'arbitre n'a pas tenu compte des conséquences de la décision sur l'appelante — Il a axé déraisonnablement son évaluation de la question des mesures disciplinaires déguisées presque exclusivement sur l'absence de mauvaise foi de l'employeur dans sa décision d'engager la procédure d'examen de sécurité et de finalement révoquer la cote de fiabilité de l'appelante — L'intention subjective de l'employeur n'était pas déterminante quant à savoir si l'employeur a pris des mesures disciplinaires déguisées — L'arbitre est tenu de procéder à une évaluation objective de ce qui s'est réellement passé — La révocation de la cote de fiabilité de l'appelante et son licenciement étaient des mesures disciplinaires déguisées — Les motifs pour révoquer la cote de fiabilité de l'appelante constituent normalement des motifs visant à appuyer une mesure disciplinaire — La GRC avait déjà amorcé le processus pour imposer une mesure disciplinaire — La révocation a été le moyen choisi pour retirer l'appelante de son lieu de travail — En arriver à une autre conclusion entraînerait un résultat déraisonnable selon lequel l'employeur pourrait contourner la protection offerte aux employés à l'encontre du congédiement sans motif valable parce qu'il aurait cru de bonne foi que l'employée n'était plus loyale, fiable ou digne de confiance — Maintenir la décision de l'arbitre en l'espèce aurait pour effet de dénier la protection du motif valable garantie par la Loi — Appel accueilli.

BERGEY C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (A-283-15, 2017 CAF 30, juge Gleason, J.C.A., jugement en date du 10 février 2017, 64 p.)



If undelivered, return to:  
Federal Courts Reports  
Office of the Commissioner for Federal Judicial Affairs Canada  
99 Metcalfe Street, 8th floor  
Ottawa, Ontario, Canada K1A 1E3

En cas de non-livraison, retourner à :  
Recueil des décisions des Cours fédérales  
Commissariat à la magistrature fédérale Canada  
99, rue Metcalfe, 8e étage  
Ottawa (Ontario), Canada K1A 1E3