



---

**Federal Courts  
Reports**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2013, Vol. 4, Part 1**

**2013, Vol. 4, 1 fascicule**

Cited as [2013] 4 F.C.R., {<sup>3-275</sup><sub>D-1-D-3</sub>

Renvoi [2013] 4 R.C.F., {<sup>3-275</sup><sub>F-1-F-4</sub>

---



## EDITOR/ARRÊTISTE EN CHEF

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

## ADVISORY COMMITTEE/COMITÉ CONSULTATIF

DOUGLAS H. MATHEW, Thorsteinssons LLP

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

LORNE WALDMAN, Waldman & Associates

---

### LEGAL EDITORS

SOPHIE DEBBANÉ, LL.B.

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

### PRODUCTION STAFF

Production and Publication Manager

LINDA BRUNET

Legal Research Editors

LYNNE LEMAY

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

### 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

PAULINE BYRNE

NATHALIE LALONDE

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

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, dont le commissaire est WILLIAM A. BROOKS.

© Her Majesty the Queen in Right of Canada, 2014.

© Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, 2014.

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

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

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

*Les demandes de permission de reproduire ces éléments du Recueil doivent être adressées à : L'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.*

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

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

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

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

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

## CONTENTS

Appeals noted .....	I
Judgments .....	3–275
Digests .....	D-1–D-3

### **Ahanin v. Canada (Citizenship and Immigration) (F.C.) .....** 23

Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Convention Refugee Hearings — Post-hearing evidence and submissions — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision refusing applicant's claim for protection as Convention refugee or person in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, ss. 96, 97 — Applicant, Iranian, having daughter, son living in Canada as successful refugee claimants — Third child, son, living in Iran — At applicant's refugee hearing, 30-day deadline set with applicant's counsel for submissions — Neither applicant nor counsel making submissions within given deadline — RPD case officer contacting applicant's counsel as reminder of agreed deadline — Counsel faxing applicant's additional submissions to RPD two days after deadline — RPD rejecting applicant's claim on grounds of credibility; concluding improbable that applicant would return to Iran merely to be with adult son — Whether RPD breaching applicant's right to procedural fairness by making decision without considering post-hearing submissions; whether RPD's credibility determination reasonable — RPD following prudent, courteous approach to matter unlike applicant — In present circumstances, post-hearing submissions unsolicited, sent after deadline, RPD's unsuccessful attempt to contact applicant's counsel — Nothing suggesting that RPD acting unreasonably or unfairly; pure chance that materials received before decision rendered — Applicant cannot claim unfairly treated when failing to act fairly himself — Setting deadline for submissions herein not depriving applicant of full

*Continued on next page*

## SOMMAIRE

Appels notés .....	I
Jugements .....	3–275
Fiches analytiques .....	F-1–F-4

### **Ahanin c. Canada (Citoyenneté et Immigration) (F.C.) .....** 23

Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Audiences sur le statut de réfugié au sens de la Convention — Éléments de preuve et observations à la suite de l'audience — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par laquelle elle refusait la demande de protection du demandeur en qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger aux termes des art. 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés* — Le demandeur, citoyen de l'Iran, a une fille et un fils qui vivent au Canada et dont la demande d'asile a été accueillie — Son troisième enfant, un fils, vit en Iran — À l'audience sur le statut de réfugié du demandeur, un délai de 30 jours a été fixé pour la présentation d'observations, de concert avec l'avocate du demandeur — Ni le demandeur, ni son avocate, n'ont présenté d'observations dans les délais fixés — Un agent de la SPR a communiqué avec l'avocate du demandeur pour lui rappeler les délais convenus — L'avocate a télécopié les observations supplémentaires du demandeur, deux jours après l'échéance fixée — La SPR a rejeté la demande du demandeur pour des motifs de crédibilité; elle a conclu qu'il était peu probable que le demandeur soit retourné en Iran uniquement pour être avec son fils adulte — Il s'agissait de savoir si la SPR a porté atteinte au droit du demandeur à l'équité procédurale en rendant sa décision sans tenir compte des observations postérieures à l'audience, et si la décision de la SPR au sujet de la crédibilité était raisonnable — La SPR a fait preuve de prudence et de courtoisie en l'espèce,

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

opportunity to present case — RPD diligent in processing applicant's case, following up with counsel when no submissions made — Where reasonable deadline set for post-hearing submissions, applicant cannot disregard deadline for no apparent reason — On facts of case herein, applicant not denied full, fair opportunity to make case — However, plausibility finding unreasonable — RPD should have explored issue further; not apply Canadian norms, cultural assumptions when making assessment — Application allowed.

Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) refusing applicant's claim for protection as Convention refugee or person in need of protection mainly on grounds of credibility — In particular, RPD concluding improbable that applicant would return to Iran merely to be with adult son — This finding significant part of overall credibility finding — RPD should have explored issue further; not apply Canadian norms, cultural assumptions when making assessment — No indication RPD addressing cultural element in reasonable way — Implausibility finding thus unreasonable.

**Campbell v. Canada (Attorney General)**  
**(F.C.A.)** ..... 234

Practice — Costs — Appeal from Federal Court order finding respondents entitled to costs up to but not including motion for certification — Appellants filing amended statement of claim, certification motion alleging injury sustained in Canadian

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

contrairement au demandeur — Dans les circonstances, les observations envoyées après l'audience étaient non sollicitées et envoyées après l'échéance et une vaine tentative de la SPR pour joindre l'avocate du demandeur — La preuve ne permettait pas de dire que la SPR a agi de manière déraisonnable ou inéquitable au cours de ce processus; c'est par pur hasard que les documents ont été reçus avant que la décision ne soit rendue — Le demandeur ne peut pas affirmer qu'il a été traité injustement, alors qu'il n'a pas agi lui-même de manière équitable — La fixation d'une date limite pour la transmission d'observations en l'espèce n'a pas privé le demandeur de la possibilité de présenter son point de vue complètement — La SPR a fait preuve de diligence dans le traitement de la cause du demandeur et a fait un suivi auprès de l'avocate lorsqu'il lui a semblé qu'aucune observation ne serait reçue — Lorsqu'un délai raisonnable est fixé pour la présentation d'observations après l'audience, les demandeurs ne peuvent ignorer le délai sans raison apparente — Eu égard aux faits mis en preuve en l'espèce, le demandeur ne s'est pas vu refuser la possibilité de faire valoir son point de vue complètement et équitablement — Toutefois, une conclusion déraisonnable a été tirée au sujet de la vraisemblance — La SPR aurait dû explorer la question plus à fond et ne pas appliquer les normes et hypothèses canadiennes, dans le cadre de son appréciation — Demande accueillie.

Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — La Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé la demande de protection du demandeur en qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger, essentiellement pour des motifs de crédibilité — Plus particulièrement, la SPR a conclu qu'il était improbable que le demandeur retourne en Iran simplement pour être avec son fils adulte — Cette conclusion constitue une partie importante de la conclusion générale relative à la crédibilité — La SPR aurait dû explorer la question plus à fond et ne pas appliquer les normes et hypothèses canadiennes dans le cadre de son appréciation — Aucun élément du dossier n'indiquait que la SPR a examiné cette question culturelle de manière raisonnable — La conclusion d'in vraisemblance était donc déraisonnable.

**Campbell c. Canada (Procureur général)**  
**(C.A.F.)** ..... 234

Pratique — Frais et dépens — Appel d'une ordonnance de la Cour fédérale concluant que les intimés avaient droit aux dépens jusqu'à la requête en autorisation exclusivement — Les appelants ont déposé une déclaration modifiée, et une requête

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Forces — Appellants later obtaining leave to discontinue action before certification — Respondents seeking costs for all steps taken in action — Federal Court acknowledging *Federal Courts Rules* (Rules), r. 334.39(1), “no costs” regime but choosing not to depart from Rules, r. 402, awarding costs — Whether r. 334.39(1) applying when action discontinued prior to certification — Federal Court erring in law — Appellants immune from costs as of date certification motion filed — Correct interpretation of r. 334.39(1) focusing on words “any party to” — “No costs” rule applying as soon as parties to action made parties to certification motion — Such interpretation reducing scope for costs orders to minimum — However, “no costs” rule under r. 334.39(1) not sheltering party’s improper or abusive behaviour — Appeal allowed.

### **David Suzuki Foundation v. Canada (Fisheries and Oceans) (F.C.A.)**..... 155

Environment — Appeal from Federal Court judgment declaring that ministerial discretion not legally protecting critical habitat under *Species at Risk Act* (SARA), s. 58; that appellant unlawfully citing discretionary provisions of *Fisheries Act* in protection statement concerning critical habitat of Northeast Pacific Northern, Southern populations of killer whales — When southern, northern resident populations of killer whales designated as endangered, threatened respectively, listed accordingly in Schedule I of SARA — Pursuant to SARA, s. 58(5) appellant required to ensure that critical habitat identified in recovery strategy be protected — Rather than issuing protection order, appellant issuing public statement — However, appellant reversing position, issuing protection order under SARA, s. 58(1),(4) — Respondents challenging lawfulness of Killer Whales Protection Statement (Protection Statement), order by initiating judicial review applications — Main issues herein applicable standard of review, whether appellant erring by relying on *Fisheries Act*, regulations in making Protection Statement — Issues of statutory interpretation raised herein reviewed, determined on standard of correctness — Parliament intending that appellant be allowed some flexibility as to how to provide compulsory protection under SARA — Prohibitions set out in *Fisheries Act*, s. 35(1), when read in conjunction with s. 35(2) thereof, constituting

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

en autorisation, alléguant qu’ils avaient subi des lésions alors qu’ils étaient dans les Forces canadiennes — Par la suite, les appelants ont été autorisés à se désister avant la requête en autorisation — Les intimés ont cherché à se faire adjuger les dépens relatifs à toutes les mesures prises au cours de l’instance — La Cour fédérale a reconnu que la règle 334.39(1) des *Règles des Cours fédérales* (Règles) établit un régime « sans dépens », mais a décidé de ne pas déroger à la règle 402 des Règles, et a adjugé les dépens — Il s’agissait de savoir si la règle 334.39(1) s’appliquait, étant donné que les appelants s’étaient désistés avant d’avoir obtenu l’autorisation — La Cour fédérale a commis une erreur de droit — Les appelants étaient exemptés des dépens à la date du dépôt de la requête en autorisation — L’interprétation correcte de la règle 334.39(1) insiste sur l’emploi des termes « une partie à » — La règle « sans dépens » s’applique dès que les parties à l’action deviennent des parties à la requête en autorisation — Une telle interprétation réduit au maximum la possibilité que des ordonnances relatives aux dépens soient rendues — Cependant, la règle « sans dépens », aux termes de la règle 334.39(1), ne couvre pas les comportements inappropriés ou excessifs d’une partie — Appel accueilli.

### **Fondation David Suzuki c. Canada (Pêches et Océans) (C.A.F.)**..... 155

Environnement — Appel d’un jugement de la Cour fédérale déclarant que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l’habitat essentiel sous le régime de l’art. 58 de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP), et qu’il était illégal de la part de l’appelant de citer des dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches* dans une déclaration de protection concernant l’habitat essentiel des populations d’épaulards du nord et du sud du Pacifique Nord-Est — Lorsque les populations d’épaulards du sud et du nord ont été désignées comme « en voie de disparition » et « menacée », respectivement, elles ont été inscrites à ce titre à l’Annexe I de la LEP — Selon l’art. 58(5) de la LEP, l’appelant était tenu d’assurer la protection de l’habitat essentiel défini dans le programme de rétablissement — Plutôt que de prendre un arrêté de protection, l’appelant a mis une déclaration dans le registre public — Cependant, l’appelant a fait volte-face, et a pris, sous le régime des art. 58(1) et (4) de la LEP, un arrêté de protection — Les intimés ont contesté la légalité de la déclaration de protection de l’épaulard (la déclaration de protection) et de l’arrêté en formant des demandes de contrôle judiciaire — Les principales questions en l’espèce étaient de déterminer la norme de contrôle applicable, et si l’appelant avait commis une erreur en invoquant dans la déclaration de protection les dispositions de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

legal means whereby appellant enabled to manage, control alteration, disruption or destruction of fish habitat — Protection offered fish habitat under s. 35(1) may be waived at discretion of appellant acting under s. 35(2) — This provision thus not ensuring that critical habitat of endangered or threatened aquatic species “legally protected” — Regarding *Fisheries Act*, s. 36, wrong for Federal Court to rule section could not be relied on by appellant for purposes of protection statement under SARA, s. 58 — Compliance with *Fisheries Act*, s. 36(3) may not be waived by appellant through licence, permit or other authorization, nor may derogations from related regulations be authorized — Measures under *Fisheries Act*, s. 36, specific related regulations legally enforceable, not subject to ministerial discretion — Section 36, regulations made thereunder thus providing for compulsory, non-discretionary, legally enforceable measures — No evidence in record showing whether pollution controls set in related regulations protecting from destruction critical habitat of concerned killer whale populations — Therefore, no basis in present proceedings upon which Federal Court could have determined whether appellant’s reliance on s. 36 could have been justified in light of SARA, s. 58 — While appellant relying on existing fishery management scheme adopted under *Fisheries Act* in Protection Statement, reliance misguided; regulations at issue not seeking to prohibit destruction of salmon prey as element of critical habit but rather providing framework for management of Pacific salmon fisheries under highly discretionary ministerial licensing scheme — Substitution not approved — Therefore, Federal Court judgment declaring that ministerial discretion not legally protecting critical habitat within meaning of SARA, s. 58 upheld save insofar as impeding appellant from relying, in appropriate cases, on *Fisheries Act*, s. 36, regulations adopted thereunder — Appeal allowed in part.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

d’application — Des questions d’interprétation législative soulevées en l’espèce ont été examinées et tranchées suivant la norme de la décision correcte — Le législateur avait l’intention d’accorder à l’appelant une certaine latitude dans le choix des moyens d’assurer la protection obligatoire sous le régime de la LEP — Les interdictions formulées à l’art. 35(1) de la *Loi sur les pêches*, conjuguées avec les dispositions de l’art. 35(2) de cette loi, constituent un moyen légal pour l’appelant de gérer et de contrôler la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson — L’appelant, en vertu de l’art. 35(2), peut à son gré déroger à la protection de l’habitat du poisson que prévoit l’art. 35(1) — Cette disposition ne peut donc pas faire en sorte que l’habitat essentiel d’une espèce aquatique en voie de disparition ou menacée soit « protégée légalement » — En ce qui concerne l’art. 36 de la *Loi sur les pêches*, la Cour fédérale a commis une erreur en statuant qu’il n’était pas permis à l’appelant de l’invoquer aux fins de l’établissement d’une déclaration de protection sous le régime de l’art. 58 de la LEP — L’appelant ne peut permettre de dérogation à l’art. 36(3) de la *Loi sur les pêches* au moyen d’une licence, d’un permis ou d’une autre autorisation, pas plus qu’il ne peut permettre de dérogations aux règlements connexes — Les mesures prises sous le régime de l’art. 36 de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements sont légalement contraignantes et ne sont pas soumises au pouvoir discrétionnaire du ministre — L’art. 36 et ses dispositions réglementaires sont donc légalement contraignants et ne sont pas soumis au pouvoir discrétionnaire du ministre — Aucun élément du dossier ne tend à répondre à la question de savoir si les mécanismes antipollution prévus par les règlements pertinents protégeraient contre la destruction l’habitat essentiel des populations d’épaulards en cause — Par conséquent, il n’y avait rien, dans la présente affaire, sur quoi la Cour fédérale aurait pu se fonder pour établir si l’appelant aurait eu la faculté d’invoquer l’art. 36, dans le cadre des dispositions de l’art. 58 de la LEP — Bien que l’appelant ait invoqué dans la déclaration de protection le système existant de gestion des pêches dans le cadre de la *Loi sur les pêches*, il n’était pas fondé à invoquer ces dispositions réglementaires; les dispositions en cause n’ont pas pour objet d’interdire la destruction du saumon en tant que proie de l’espèce en péril et élément de son habitat essentiel, mais elles établissent plutôt les bases de la gestion de la pêche au saumon dans le Pacifique dans le cadre d’un système d’autorisation ministérielle hautement discrétionnaire — Le remplacement du régime n’a pas été avalisé — Par conséquent, le jugement de la Cour fédérale déclarant que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l’habitat essentiel au sens de l’art. 58 de la LEP a été confirmé, sauf dans la mesure où il interdirait à l’appelant d’invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l’art. 36 de la

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — In appeal from Federal Court judgment involving protection of critical habitat under *Species at Risk Act* (SARA), s. 58, principal question concerning meaning of words “legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament” found in SARA, s. 58(5) — No deference owed by Federal Court of Appeal to appellant as to interpretation of relevant provisions of SARA or of *Fisheries Act*, regulations — Parliament not intending to shield appellant’s interpretation of pertinent provisions of SARA, *Fisheries Act* from judicial review on standard of correctness — Number of clear indicators that Parliament greatly restricting appellant’s discretion, that not intending to shield appellant’s legal interpretation from judicial review — Therefore, issues of statutory interpretation raised by appeal reviewed, determined on standard of correctness.

Construction of Statutes — Appeal from Federal Court judgment declaring, in particular, that ministerial discretion not legally protecting critical habitat under *Species at Risk Act* (SARA), s. 58 — Pertinent provisions of SARA interpreted to determine whether Parliament intending to allow appellant some flexibility as to how to provide compulsory protection under SARA — Under SARA, s. 58, protection of critical habitat identified in recovery strategy must be achieved through legally enforceable measures — Based on dictionary definitions of word “protect”, French word “protéger”, Parliament’s intent being to avoid interference with, destruction of critical habitat — Juxtaposition of word “legally” with word “protected” to form expression “legally protected” leaving little ambiguity as to Parliament’s intent that critical habitat must be preserved through legally enforceable measures — Legal protection scheme not regulatory management scheme — Based on analysis of SARA, s. 58, Parliament seeking to avoid destruction of identified critical habitat of listed endangered, threatened aquatic species through any means — Consequently, provision in, or measure under, Act of Parliament only legally protecting critical habitat for purposes of SARA, s. 58 if that provision or measure preventing destruction of critical habitat through legally enforceable means not subject to ministerial discretion.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

*Loi sur les pêches* et ses règlements d’application — Appel accueilli en partie.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Dans un appel d’un jugement de la Cour fédérale portant sur la protection de l’habitat essentiel sous le régime de l’art. 58 de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP), la question principale était d’établir la signification des termes « protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime » de l’art. 58(5) de la LEP — L’appellant n’a pas droit à la retenue judiciaire de la part de la Cour fédérale pour ce qui concerne l’interprétation des dispositions applicables de la LEP ou de la *Loi sur les pêches* ou des dispositions réglementaires — L’intention du Parlement n’était pas de dispenser du contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte l’interprétation que donne l’appellant des dispositions applicables de la LEP et de la *Loi sur les pêches* — Il existait plusieurs indications que le Parlement a considérablement limité le pouvoir discrétionnaire de l’appellant, et que l’intention du Parlement n’était pas de mettre l’interprétation juridique de l’appellant à l’abri du contrôle judiciaire — Par conséquent, les questions d’interprétation législative soulevées par l’appel ont été examinées et tranchées selon la norme de la décision correcte.

Interprétation des lois — Appel d’un jugement de la Cour fédérale déclarant, notamment, que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l’habitat essentiel sous le régime de l’art. 58 de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP) — Les dispositions applicables de la LEP devaient être interprétées pour déterminer si le législateur avait l’intention d’accorder à l’appellant une certaine latitude dans le choix des moyens d’assurer la protection obligatoire aux termes de la LEP — En vertu de l’art. 58 de la LEP, la protection de l’habitat essentiel désigné au programme de rétablissement doit être assurée par des mesures légalement contraignantes — D’après les définitions lexicographiques du terme anglais « protect » et du terme français « protéger », l’intention du législateur était d’éviter la perturbation et la destruction de l’habitat essentiel — La juxtaposition des termes « protégés » (*protected*) et « légalement » (*legally*) pour former le syntagme « protégés légalement » (*legally protected*) ne laisse guère planer d’ambiguïté sur l’intention du législateur : l’habitat essentiel doit être préservé au moyen de mesures légalement contraignantes — Un régime de protection légale n’est pas un système de gestion réglementaire — D’après l’analyse de l’art. 58 de la LEP, le Parlement cherche à éviter la destruction de l’habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées, d’où que puisse venir cette

*Suite à la page suivante*



## CONTENTS (Continued)

### **Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness) (F.C.A.) . . . . . 3**

Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Appeal from Federal Court decision denying motion to stay removal order — Appellant, Convention refugee, subject of danger opinion, removal order — Judge declining to recuse himself on allegations of bias, dismissing stay motion — Appellant alleging Judge unconsciously biased, creating reasonable apprehension of bias by copying respondent's submissions, delving too deeply into merits of matter — Court having jurisdiction only to hear first two grounds for appeal — Allegation of unconscious bias by Judge based on inadmissible evidence, rejected — Appellant not complying with *Federal Courts Rules*, r. 52.2 regarding admission of expert evidence — No bias or reasonable apprehension of bias arising from unattributed copying — Reasonable person concluding Judge deciding matter openmindedly, independently, impartially — However, practice of copying substantial portion of party's submissions without attribution having to be stopped — Appeal dismissed.

Judges and Courts — Federal Court denying motion to stay removal order — Appellant alleging, *inter alia*, Judge unconsciously biased, creating reasonable apprehension of bias by copying respondent's submissions — Allegation of unconscious bias by Judge based on inadmissible evidence, rejected — No bias arising from unattributed copying of submissions — However, practice of copying substantial portion of party's submissions without attribution having to be stopped — Judges should draft own prose — Reasons always to be, be seen to be, end-product of Judge's own assessment — Copying party's submissions without attribution harming reputation of administration of justice.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

destruction — Par conséquent, une disposition d'une loi fédérale ou une mesure prise sous le régime d'une telle loi ne peut protéger légalement l'habitat essentiel aux fins de l'art. 58 de la LEP que si elle en prévient la destruction par des moyens légalement contraignants qui ne relèvent pas d'un pouvoir discrétionnaire ministériel.

### **Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile) (C.A.F.) . . . . . 3**

Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de sursis d'une mesure de renvoi — L'appelant, réfugié au sens de la Convention, a fait l'objet d'un avis de danger et d'une mesure de renvoi — Le juge a refusé de se récuser à la suite d'allégations de partialité et a rejeté la requête en sursis — L'appelant a allégué que le juge a inconsciemment fait preuve de partialité, qu'il a fait naître une crainte raisonnable de partialité en reproduisant les observations de l'intimé et en analysant trop en profondeur le fond de l'affaire — La Cour n'a compétence que pour entendre les deux premiers motifs d'appel — L'allégation de partialité inconsciente de la part du juge est fondée sur une preuve inadmissible et a été rejetée — L'appelant n'a pas respecté la règle 52.2 des *Règles des Cours fédérales* concernant l'admissibilité des preuves d'expert — Le juge n'a pas fait preuve de partialité et n'a pas fait naître de crainte raisonnable de partialité en reproduisant des observations sans en mentionner la source — Une personne raisonnable conclurait que le juge a tranché l'affaire avec ouverture d'esprit, indépendance et impartialité — Toutefois, la pratique de reproduire une partie substantielle des observations écrites d'une partie sans mention de la chose doit cesser — Appel rejeté.

Juges et Tribunaux — La Cour fédérale a rejeté une demande de sursis d'une mesure de renvoi — L'appelant a allégué notamment que le juge a inconsciemment fait preuve de partialité et qu'il a fait naître une crainte raisonnable de partialité en reproduisant les observations de l'intimé — L'allégation de partialité inconsciente de la part du juge est fondée sur une preuve inadmissible et a été rejetée — Le juge n'a pas fait preuve de partialité en reproduisant des observations sans en mentionner la source — Toutefois, la pratique de reproduire une partie substantielle des observations écrites d'une partie sans mention de la chose doit cesser — Les juges devraient rédiger leurs propres motifs — Les motifs doivent toujours être le résultat de la propre appréciation du juge des principales questions soulevées, et doivent être perçus comme tels — Reproduire une partie substantielle des observations d'une partie sans en mentionner la source cause un préjudice à la réputation de l'administration de la justice.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

### **McEwing v. Canada (Attorney General) (F.C.) . . . 63**

Elections — Applications seeking annulment of 2011 general election results in six electoral districts because of efforts to suppress votes — Elections Canada receiving complaints about automated messages advising of changes to voting locations — Elections Canada investigator deposing that calls wilfully preventing or endeavouring to prevent electors from voting contrary to *Canada Elections Act*, s. 281(g), that offences committed contrary to Act, ss. 491(3)(d), 482(b) — Applicants contending results may be annulled where doubt cast upon true winner or integrity of elections questioned — Principal issue effect of calls on election results in subject ridings, whether outcome therein should be annulled — Meaning of “fraud” in Act, s. 524(1)(b) not limited to definitions of offences in Act, Part 19 — Not necessary to satisfy elements of criminal offences to establish fraud within meaning of Act — Sufficient to show voter at risk of being deprived of right to vote — Threshold to establish fraud occurred met by applicants herein — However, no evidence showing voter suppression successful — Fraud also not calling into question integrity of elections — Results therefore not annulled — Applications dismissed.

Practice — Limitation of Actions — Applications to annul results of 2011 general election in six electoral districts — Whether applications statute-barred — Not clear when applicants becoming aware of misrepresentations — Time limitations required to bar frivolous applications to annul elections — However, hearing not to be denied on technical, procedural ground where electoral fraud alleged.

Torts — Maintenance and champerty — Applications to annul results of 2011 general election in six electoral districts — Whether maintenance, champerty on part of non-governmental organization for supporting applicants — Maintenance, champerty inconsistent with role of non-governmental organizations in facilitating access to justice — Applicants having

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### **McEwing c. Canada (Procureur général) (F.C.) . . . 63**

Élections — Demandes visant à faire annuler les résultats des élections générales fédérales de 2011 dans six circonscriptions électorales, en raison de manœuvres de neutralisation de la participation électorale — Élections Canada a reçu des plaintes selon lesquelles des messages automatisés avaient été faits auprès des électeurs pour les aviser du changement de l'emplacement des bureaux de scrutin — Un enquêteur d'Élections Canada a affirmé que les personnes à l'origine des appels ont délibérément empêché ou tenté d'empêcher des électeurs de voter, contrairement à l'art. 281g) de la *Loi électorale du Canada*, et que des infractions aux art. 491(3)d) et 482b) de la Loi ont été commises — Les demandeurs soutiennent que les résultats peuvent être annulés lorsqu'un doute peut être jeté sur l'identité du véritable vainqueur de l'élection ou que l'intégrité du processus électoral est remise en question — Il s'agissait principalement de déterminer l'effet des appels sur les résultats des élections dans les circonscriptions en cause et si ces résultats devraient être annulés — Le sens de la « fraude » visée à l'art. 524(1)b) de la Loi ne se restreint pas à la définition des infractions de la partie 19 de la Loi — Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence des éléments d'une infraction pénale pour qu'il soit établi qu'il y a bien eu fraude, au sens de la Loi — Il suffit de démontrer que le risque qu'un électeur soit privé de voter a été créé — Les demandeurs en l'espèce ont satisfait aux critères permettant d'établir la fraude — Cependant, ils ne disposaient d'aucune preuve de la réussite des efforts de suppression de votes consentis — De plus, la fraude ne fait pas douter de l'intégrité des élections — Par conséquent, les résultats ne sont pas annulés — Demandes rejetées.

Pratique — Prescription — Demandes visant l'annulation des élections générales fédérales de 2011 dans six circonscriptions électorales — Il s'agissait de savoir si les demandes sont prescrites — La preuve n'indique pas clairement à quel moment les demandeurs ont été mis au courant des informations mensongères — Il est nécessaire d'assurer le respect des délais prescrits afin de dissuader quiconque de présenter à la légère une demande frivole visant à faire annuler le résultat d'une élection — Cependant, en cas d'allégation de fraude, il ne faut pas refuser au demandeur le droit de se faire entendre pour un motif qui peut sembler technique ou procédural.

Responsabilité délictuelle — Soutien délictueux et champartie — Demandes visant l'annulation des résultats des élections générales fédérales de 2011 dans six circonscriptions électorales — Il s'agissait de savoir s'il y a eu soutien délictueux et champartie de la part d'une organisation non gouvernementale qui avait offert son soutien aux demandeurs — Le

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

no prospect of financial reward, issues of broad public interest at stake — Contesting election not abuse of process where fraud alleged.

### **TurnAround Couriers Inc. v. Canadian Union of Postal Workers (F.C.A.) . . . . . 252**

Postal Services — Judicial review to set aside Canada Industrial Relations Board decision holding that applicant providing postal service within meaning of *Constitution Act, 1867*, s. 91(5), that operations thereof thus falling within competence of Parliament — Board holding having jurisdiction under *Canada Labour Code* to certify respondent as sole bargaining agent for applicant’s employees — Applicant, for-profit corporation, operating within central core of Toronto — Generally providing same-day delivery service — Applicant arguing that word “Postal Service” in *Constitution Act, 1867* meaning Canada’s national postal service, currently provided by Canada Post Corporation; that as local undertaking, not regulated by Code — Whether applicant’s business falling within federal jurisdiction over “Postal Service” by virtue of *Constitution Act, 1867*, s. 91(5) — Applicant’s habitual activities, daily operations so local, limited in nature as to suggest that applicant not federal undertaking, could not be considered within federal jurisdiction — Board committing three errors in interpreting *Constitution Act, 1867*, s. 91(5) — As for words “Postal Service” in s. 91(5), choice of singular form of noun supporting applicant’s position that only one postal service existing in Canada — Applicant having none of essential characteristics of postal service examined herein — Considerations examined herein indicating that “Postal Service” in s. 91(5) referring to national delivery system — Therefore, applicant’s operations not constituting “Postal Service” for purpose of *Constitution Act, 1867*, s. 91(5) but rather local undertaking within meaning of s. 92(10) — Application allowed.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

soutien délictueux et la champartie sont incompatibles avec le rôle des organisations non gouvernementales visant à faciliter l’accès à la justice — Les demandeurs n’ont aucune possibilité de tirer un gain financier des procédures qu’ils ont engagées, et des questions d’intérêt public général sont en jeu — Un électeur n’utilise pas les procédures de la Cour de façon abusive lorsqu’il présente une requête pour contester une élection dans les cas où il y a allégation de fraude.

### **TurnAround Couriers Inc. c. Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes (C.A.F.) . . . . . 252**

Postes — Contrôle judiciaire recherchant l’annulation d’une décision du Conseil canadien des relations industrielles, selon laquelle la demanderesse, fournissant un service postal au sens de l’art. 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, exerçait des activités qui relevaient de la compétence fédérale — Le Conseil a soutenu qu’il est habilité sous le *Code canadien du travail* à accréditer le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes (STTP) à titre de seul agent négociateur des employés de la demanderesse — La demanderesse, société à but lucratif, exerce ses activités dans le centre de Toronto — Elle offre généralement un service de livraison le jour même — La demanderesse a soutenu que « service postal » au sens de la *Loi constitutionnelle de 1867* s’entend du service postal national du Canada, fourni actuellement par la Société canadienne des postes, et que puisqu’il s’agit d’une entreprise de nature locale, elle n’est pas régie par le Code — Il s’agissait de déterminer si l’entreprise de la demanderesse relève de la compétence fédérale, en matière de « service postal », établie à l’art. 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — Les activités habituelles et l’exploitation quotidienne de la demanderesse sont de nature à ce point locale et restreinte qu’elles donnent à penser que la demanderesse n’est pas une entreprise fédérale et qu’elle ne peut être considérée comme relevant de la compétence fédérale — Le Conseil a commis trois erreurs dans l’interprétation de l’art. 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — Quant à l’expression « service postal » utilisée à l’art. 91(5), le recours au singulier, plutôt qu’au pluriel, appuie la position de la demanderesse selon laquelle il y a un seul service postal au Canada — La demanderesse ne présente aucune des caractéristiques essentielles du service postal examiné en l’espèce — D’après l’analyse effectuée en l’espèce, les mots « service postal », à l’art. 91(5) renvoient au système national de livraison — Par conséquent, les activités de la demanderesse ne constituent pas un « service postal » au sens de l’art. 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais plutôt des activités locales au sens de l’art. 92(10) — Demande accueillie.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Constitutional Law — Distribution of Powers — Meaning of “Postal Service” in *Constitution Act, 1867*, s. 91(5) — Interpretation of *Constitution Act, 1867*, s. 91(5) determinative of issue in dispute herein — Whether applicant’s locally operated business falling within federal jurisdiction over “Postal Service” by virtue of s. 91(5) — Text, context, purpose of provision in dispute considered in present case — Considerations examined herein indicating that “Postal Service” in s. 91(5) referring to national delivery system — Achievement of predictability, certainty being important goals in constitutional interpretation, courts should avoid interpretations requiring decision makers to splice, dice discrete differences among companies — Applicant’s operations not constituting “Postal Service” for purpose of *Constitution Act, 1867*, s. 91(5) but rather local undertaking within meaning of s. 92(10).

## SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Sens de « service postal » aux termes de l’art. 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — L’interprétation de l’art. 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867* détermina le sort de la question en litige — Il s’agissait de déterminer si l’entreprise de la demanderesse relève de la compétence fédérale, en matière de « service postal », établie à l’art. 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867* — Le texte, le contexte et l’objet de la disposition en cause ont été pris en compte en l’espèce — D’après l’analyse effectuée en l’espèce, les mots « service postal », à l’art. 91(5), renvoient au système national de livraison — La prévisibilité et la certitude sont des objectifs importants dans l’interprétation constitutionnelle, c’est pourquoi les tribunaux doivent éviter les interprétations obligeant les décideurs à décortiquer les différences subtiles entre les entreprises — Les activités de la demanderesse ne constituent pas un « service postal » au sens de l’art. 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais plutôt les activités d’une entreprise de nature locale, au sens de l’art. 92(10).

## APPEALS NOTED

### FEDERAL COURT OF APPEAL

*Qin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, IMM-1543-12, 2013 FC 147, has been affirmed on appeal (A-97-13, 2013 FCA 263), reasons for judgment handed down November 19, 2013. Both decisions will be published in the *Federal Courts Reports*.

### SUPREME COURT OF CANADA

#### *Applications for leave to appeal*

*Prescient Foundation v. Canada (National Revenue)*, A-310-12, 2013 FCA 120, Mainville J.A., judgment dated May 1, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused November 28, 2013.

*Romanuk v. Canada*, A-76-12, 2013 FCA 133, Webb J.A., judgment dated May 17, 2013, leave to appeal to S.C.C. refused November 21, 2013.

## APPELS NOTÉS

### COUR D'APPEL FÉDÉRALE

La décision *Qin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, IMM-1543-12, 2013 CF 147, a été confirmée en appel (A-97-13, 2013 CAF 263), les motifs du jugement ayant été prononcés le 19 novembre 2013. Les deux décisions seront publiées dans le *Recueil des décisions des Cours fédérales*.

### COUR SUPRÊME DU CANADA

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

*Prescient Foundation c. Canada (Revenu national)*, A-310-12, 2013 CAF 120, le juge Mainville, J.C.A., jugement en date du 1<sup>er</sup> mai 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 28 novembre 2013.

*Romanuk c. Canada*, A-76-12, 2013 CAF 133, le juge Webb, J.C.A., jugement en date du 17 mai 2013, autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée le 21 novembre 2013.



**Federal Courts  
Reports**

**2013, Vol. 4, Part 1**

**Recueil des  
décisions des Cours  
fédérales**

**2013, Vol. 4, 1<sup>er</sup> fascicule**





A-483-11  
2012 FCA 59

A-483-11  
2012 CAF 59

**Al-Munzir Es-Sayyid** (*Appellant*)

**Al-Munzir Es-Sayyid** (*appelant*)

v.

c.

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

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

**INDEXED AS: ES-SAYYID V. CANADA (PUBLIC SAFETY AND EMERGENCY PREPAREDNESS)**

**RÉPERTORIÉ : ES-SAYYID C. CANADA (SÉCURITÉ PUBLIQUE ET PROTECTION CIVILE)**

Federal Court of Appeal, Layden-Stevenson, Gauthier and Stratas J.J.A.—Toronto, February 16; Ottawa February 20, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Layden-Stevenson, Gauthier et Stratas, J.C.A.—Toronto, 16 février; Ottawa, 20 février 2012.

*Citizenship and Immigration — Exclusion and Removal — Removal of Refugees — Appeal from Federal Court decision denying motion to stay removal order — Appellant, Convention refugee, subject of danger opinion, removal order — Judge declining to recuse himself on allegations of bias, dismissing stay motion — Appellant alleging Judge unconsciously biased, creating reasonable apprehension of bias by copying respondent's submissions, delving too deeply into merits of matter — Court having jurisdiction only to hear first two grounds for appeal — Allegation of unconscious bias by Judge based on inadmissible evidence, rejected — Appellant not complying with Federal Courts Rules, r. 52.2 regarding admission of expert evidence — No bias or reasonable apprehension of bias arising from unattributed copying — Reasonable person concluding Judge deciding matter open-mindedly, independently, impartially — However, practice of copying substantial portion of party's submissions without attribution having to be stopped — Appeal dismissed.*

*Citoyenneté et Immigration — Exclusion et renvoi — Renvoi de réfugiés — Appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de sursis d'une mesure de renvoi — L'appellant, réfugié au sens de la Convention, a fait l'objet d'un avis de danger et d'une mesure de renvoi — Le juge a refusé de se récuser à la suite d'allégations de partialité et a rejeté la requête en sursis — L'appelant a allégué que le juge a inconsciemment fait preuve de partialité, qu'il a fait naître une crainte raisonnable de partialité en reproduisant les observations de l'intimé et en analysant trop en profondeur le fond de l'affaire — La Cour n'a compétence que pour entendre les deux premiers motifs d'appel — L'allégation de partialité inadmissible de la part du juge est fondée sur une preuve inadmissible et a été rejetée — L'appelant n'a pas respecté la règle 52.2 des Règles des Cours fédérales concernant l'admissibilité des preuves d'expert — Le juge n'a pas fait preuve de partialité et n'a pas fait naître de crainte raisonnable de partialité en reproduisant des observations sans en mentionner la source — Une personne raisonnable conclurait que le juge a tranché l'affaire avec ouverture d'esprit, indépendance et impartialité— Toutefois, la pratique de reproduire une partie substantielle des observations écrites d'une partie sans mention de la chose doit cesser — Appel rejeté.*

*Judges and Courts — Federal Court denying motion to stay removal order — Appellant alleging, inter alia, Judge unconsciously biased, creating reasonable apprehension of bias by copying respondent's submissions — Allegation of unconscious bias by Judge based on inadmissible evidence, rejected — No bias arising from unattributed copying of submissions — However, practice of copying substantial portion of party's submissions without attribution having to be stopped — Judges should draft own prose — Reasons always to be, be seen to be, end-product of Judge's own assessment — Copying party's*

*Juges et Tribunaux — La Cour fédérale a rejeté une demande de sursis d'une mesure de renvoi — L'appelant a allégué notamment que le juge a inconsciemment fait preuve de partialité et qu'il a fait naître une crainte raisonnable de partialité en reproduisant les observations de l'intimé — L'allégation de partialité inconsciente de la part du juge est fondée sur une preuve inadmissible et a été rejetée — Le juge n'a pas fait preuve de partialité en reproduisant des observations sans en mentionner la source — Toutefois, la pratique de reproduire une partie substantielle des observations écrites*

*submissions without attribution harming reputation of administration of justice.*

This was an appeal from a Federal Court decision denying a motion to stay a removal order.

The appellant, a Convention refugee, was the subject of a danger opinion wherein it was deemed that he is a danger to the public. The respondent intended to enforce a removal order against the appellant and emphasized, in response to the appellant's stay motion, the appellant's criminal record. The respondent submitted that the appellant did not face a risk of harm if returned to his country of origin. The appellant alleged that the Federal Court Judge was biased in cases involving criminality and asked him to recuse himself. An opinion report supporting the allegation of bias was in preparation but had not been finalized and was therefore not filed. The Judge declined to recuse himself and dismissed the stay motion, finding that the appellant had met none of the branches of the test for a stay as outlined in *Toth v. Canada (Citizenship and Immigration)*.

The appellant, supported by the opinion report, alleged that the Federal Court Judge should have recused himself on the following grounds: he is unconsciously biased in cases such as the present; he created a reasonable apprehension of bias by copying into his reasons most of the respondent's written submissions without attribution; and he delved too deeply into the merits of the matter.

*Held*, the appeal should be dismissed.

While the decision was an interlocutory decision, the Court had jurisdiction to hear the appellant's first two grounds for appeal. Indeed, an appeal from an interlocutory decision is available where there is a reasonable apprehension of bias on the part of the judge. With respect to the third ground of appeal, the Judge did engage in a microscopic examination of the merits of the matter, an approach that should be avoided in future cases. However, this was a submission about the merits of the Judge's decision making, a matter that could not be appealed.

The allegation of unconscious bias on the part of the Judge was rejected. The appellant's opinion report was inadmissible and no weight was accorded to it. The opinion merely summarized legal decisions, offered legal submissions on those

*d'une partie sans mention de la chose doit cesser — Les juges devraient rédiger leurs propres motifs — Les motifs doivent toujours être le résultat de la propre appréciation du juge des principales questions soulevées, et doivent être perçus comme tels — Reproduire une partie substantielle des observations d'une partie sans en mentionner la source cause un préjudice à la réputation de l'administration de la justice.*

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Cour fédérale rejetant une demande de sursis d'une mesure de renvoi.

L'appellant, réfugié au sens de la Convention, faisait l'objet d'un avis de danger, selon lequel il constituait un danger pour la sécurité publique. L'intimé avait l'intention de faire exécuter la mesure de renvoi prise à l'encontre de l'appellant et, en réponse à la requête en sursis, il a rappelé que l'appellant avait un casier judiciaire. L'intimé a soutenu que l'appellant n'avait plus de crainte raisonnable d'être persécuté s'il retournait dans son pays d'origine. L'appellant a allégué que le juge de la Cour fédérale faisait preuve de partialité dans les affaires de criminalité et lui a demandé de se récuser. Un rapport d'opinion à l'appui de l'allégation de partialité était en cours de rédaction, mais n'était pas terminé et n'a donc pas été déposé. Le juge a refusé de se récuser et il a rejeté la requête en sursis, concluant que l'appellant n'avait satisfait à aucun des volets du critère applicable au sursis, tel qu'énoncé dans l'arrêt *Toth c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*.

L'appellant, s'appuyant sur le rapport d'opinion, a allégué que le juge de la Cour fédérale aurait dû se récuser, en faisant valoir que le juge a inconsciemment fait preuve de partialité dans des affaires comme celle de l'espèce, qu'il a fait naître une crainte raisonnable de partialité en reproduisant dans ses motifs de rejet la plupart des observations écrites de l'intimé sans en mentionner la source, et qu'il a analysé trop en profondeur le fond de l'affaire.

*Arrêt* : l'appel doit être rejeté.

Même si la décision faisant l'objet de l'appel était une décision interlocutoire, la Cour avait compétence pour entendre les deux premiers motifs d'appel de l'appellant. En effet, une décision interlocutoire est susceptible d'appel lorsqu'il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du juge. En ce qui concerne le troisième motif d'appel, le juge a, en effet, examiné à la loupe le fond de l'affaire, approche qui devrait être évitée à l'avenir. Toutefois, il s'agissait d'une observation sur le bien-fondé du processus décisionnel du juge, qui n'est pas susceptible d'appel.

L'allégation selon laquelle le juge a fait inconsciemment preuve de partialité a été rejetée. Le rapport d'opinion de l'appellant n'était pas admissible, et aucun poids ne lui a été accordé. Cette opinion ne fait que résumer des décisions

decisions, and then expressed the author's personal views on whether there is a reasonable apprehension of bias. The opinion was analogous to a memorandum of fact and law and failed the test in *R. v. Mohan*. In addition, the appellant failed to comply with rule 52.2 of the *Federal Courts Rules* regarding the admission of expert evidence.

There was no bias or reasonable apprehension of bias arising from the Judge's unattributed copying of the respondent's submissions. On a fair construction of the Judge's reasons, any fully-informed, reasonable person would conclude that the Judge considered the material before him and the parties' submissions and decided the matter in an open-minded, independent and impartial way. However, the Federal Court of Appeal has warned against the practice of copying a substantial part of a party's written submissions without acknowledgment. Judges should draft their own prose to explain the basis for their decisions. Adopting or incorporating into the reasons, with attribution, portions of the written submissions is permissible. But in the end, the reasons must always be, and be seen to be, the end-product of the Judge's own assessment of the key issues. The practice of copying a substantial portion of a party's submissions without attribution must be stopped. It creates a cloud over those who engage in it and harms the reputation of the administration of justice.

Finally, looking at the overall circumstances and assessing them all together, an informed person, viewing the matter realistically and practically, would not have considered that the Judge was, or appeared to be, biased.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14).  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 2 "order", 52.2 (as enacted by SOR/2010-176, s. 2), 53(1), Sch. (as enacted *idem*, s. 13).  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 72(2)(e), 75(2) (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 194).

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, (1976), 68

judiciaires, présenter des observations juridiques concernant ces décisions et exprimer l'avis personnel de l'auteur sur le fait qu'il existe ou non une crainte raisonnable de partialité. L'opinion ressemble à un mémoire des faits et du droit et ne satisfait pas au critère énoncé dans l'arrêt *R. c. Mohan*. De plus, l'appelant n'a pas respecté la règle 52.2 des *Règles des Cours fédérales* relative à l'admissibilité de la preuve d'expert.

Le juge n'a pas fait preuve de partialité, ni n'a fait naître de crainte raisonnable de partialité, en reproduisant les observations du ministre sans mentionner leur source. Selon une interprétation juste des motifs du juge, une personne bien renseignée et raisonnable conclurait que le juge a examiné les documents qui lui ont été présentés ainsi que les observations des parties et qu'il a tranché l'affaire avec ouverture d'esprit, indépendance et impartialité. Toutefois, la Cour d'appel fédérale a fait une mise en garde contre la pratique de reproduire une partie substantielle des observations écrites d'une partie sans mention de la chose. Les juges devraient rédiger leurs propres motifs, expliquant le fondement de leurs décisions. L'adoption ou l'intégration de parties des observations écrites aux motifs, avec mention de la source, est autorisée. En définitive, les motifs doivent toujours être le résultat de la propre appréciation du juge des principales questions soulevées, et doivent être perçus comme tels. La pratique de reproduire une partie substantielle des observations d'une partie sans en mentionner la source doit cesser. Elle discrédite ceux qui la pratiquent et cause un préjudice à la réputation de l'administration de la justice.

Enfin, une personne bien renseignée qui examinerait l'affaire de façon réaliste et pratique, et qui tiendrait compte de l'ensemble des circonstances, n'aurait pas estimé que le juge a fait preuve de partialité ou semblé faire preuve de partialité.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14).  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 72(2)e), 75(2) (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 194).  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 2 « ordonnance », 52.2 (édicte par DORS/2010-176, art. 2), 53(1), ann. (édicte, *idem*, art. 13).

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c.*

D.L.R. (3d) 716, 9 N.R. 115; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, (1994), 114 D.L.R. (4th) 419, 89 C.C.C. (3d) 402; *Janssen-Ortho Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 212, 75 C.P.R. (4th) 411, 392 N.R. 71.

CONSIDERED:

*Toth v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 1988 CanLII 1420, 6 Imm. L.R. (2d) 123, 86 N.R. 302 (F.C.A.); *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, (1997), 161 N.S.R. (2d) 241, 151 D.L.R. (4th) 193; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259, 231 D.L.R. (4th) 1, 7 Admin. L.R. (4th) 1.

REFERRED TO:

*RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, (1994), 111 D.L.R. (4th) 385, 54 C.P.R. (3d) 114; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] UKHL 1, [1975] A.C. 396, [1975] 1 All E.R. 504, [1977] F.S.R. 593; *Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255, 249 D.L.R. (4th) 269, 50 Imm. L.R. (3d) 119; *Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, 331 N.R. 180; *Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 294, [2013] 3 F.C.R. 36, 341 D.L.R. (4th) 681, 4 Imm. L.R. (4th) 1; *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267, 412 A.R. 361, 280 D.L.R. (4th) 486; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, (1982), 138 D.L.R. (3d) 202, [1983] 1 W.W.R. 251; *National Justice Campania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co. Ltd. ("The Ikarian Reefer")*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B. (Com. Ct.)); *Tesoro v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 148, [2005] 4 F.C.R. 210, 334 N.R. 306.

APPEAL from a Federal Court decision (2011 FC 1489) denying a motion to stay a removal order. Appeal dismissed.

APPEARANCES

*Barbara Jackman and Sarah L. Boyd* for appellant.  
*Ian Hicks* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

*Jackman & Associates*, Toronto, for appellant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

*Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Janssen-Ortho Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 212.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Toth c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 1988 CanLII 1420 (C.A.F.); *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259.

DÉCISIONS CITÉES :

*RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311; *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] UKHL 1, [1975] A.C. 396, [1975] 1 All E.R. 504, [1977] F.S.R. 593; *Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255; *Zündel (Re)*, 2004 CAF 394; *Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 294, [2013] 3 R.C.F. 36; *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *National Justice Campania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co. Ltd. ("The Ikarian Reefer")*, [1993] 2 Lloyd's Rep. 68 (Q.B. (Com. Ct.)); *Tesoro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 148, [2005] 4 R.C.F. 210.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2011 CF 1489) rejetant une demande de sursis d'une mesure de renvoi. Appel rejeté.

ONT COMPARU

*Barbara Jackman et Sarah L. Boyd* pour l'appellant.  
*Ian Hicks* pour l'intimé.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Jackman & Associates*, Toronto, pour l'appellant.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour l'intimé.

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

[1] THE COURT: The appellant, a Convention refugee, wants to remain in Canada. The Minister disagrees. He issued a danger opinion: the appellant is a danger to the public and would not be at risk if returned to his country of origin because of changed country conditions. Based on this danger opinion, the Minister intends to enforce a removal order against the appellant.

[2] In response, the appellant filed an application for leave and judicial review of the danger opinion in the Federal Court. He also moved for a stay of the removal order.

[3] On the stay motion, the parties filed evidence and written submissions. Oral submissions were received by way of teleconference. The Federal Court (*per* Justice Shore) denied the stay: 2011 FC 1489. This is an appeal from that decision.

[4] In this appeal, the appellant seeks to quash the denial of the stay on the basis that the Judge is biased. The appellant does not suggest that the Judge is biased in all cases. Indeed, the appellant stated in this Court that the Judge is conscientious and takes each case seriously. Rather, the appellant says that the Judge has a bias only in a limited category of cases—this case falling within it—namely cases where criminality is involved. Further, the Judge’s bias is said to be “unconscious”, stemming from a “fixation” about “enforcement”.

[5] For the reasons that follow, we would dismiss the appeal.

#### A. The stay motion in the Federal Court

[6] In the immigration context, the leading case on stays is *Toth v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, 1988 CanLII 1420 (F.C.A.). Although pre-dating the Supreme Court’s seminal stay decision in *RJR — MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*,

[1] LA COUR : L’appelant, un réfugié au sens de la Convention, souhaite demeurer au Canada, ce à quoi le ministre s’oppose. Le ministre a délivré un avis de danger : l’appelant constitue un danger pour la sécurité publique et ne serait pas exposé à des risques s’il retournerait dans son pays d’origine puisque la situation du pays a changé. S’appuyant sur cet avis de danger, le ministre a l’intention de faire exécuter la mesure de renvoi prise à l’encontre de l’appelant.

[2] En réponse, l’appelant a déposé à la Cour fédérale une demande d’autorisation et de contrôle judiciaire visant l’avis de danger. Il a également demandé que l’on sursoie à l’exécution de la mesure de renvoi.

[3] En ce qui a trait à la requête en sursis, les parties ont déposé des éléments de preuve et des observations écrites. Elles ont présenté leurs plaidoiries dans le cadre d’une téléconférence. La Cour fédérale (le juge Shore) a rejeté la demande de sursis (2011 CF 1489). Nous sommes saisis de l’appel de cette décision.

[4] Dans le présent appel, l’appelant sollicite l’annulation du rejet de la requête en sursis en raison de la partialité du juge. L’appelant ne prétend pas que le juge fait preuve de partialité dans toutes les affaires. De fait, l’appelant a déclaré à la Cour que le juge était conscientieux et prenait chaque affaire au sérieux. Il prétend plutôt que le juge n’a de parti pris que dans une catégorie limitée d’affaires — la présente espèce appartenant à cette catégorie — à savoir les affaires de criminalité. De plus, l’appelant soutient que la partialité du juge est « inconsciente », car elle découle d’une « fixation » sur « l’application de la loi ».

[5] Pour les motifs énoncés ci-après, nous serions d’avis de rejeter l’appel.

#### A. La requête en sursis devant la Cour fédérale

[6] Dans le contexte de l’immigration, l’arrêt de principe en matière de sursis est l’arrêt *Toth c. Canada (Ministre de l’Emploi et de l’Immigration)*, 1988 CanLII 1420 (C.A.F.). Cet arrêt n’est pas incompatible avec l’arrêt clé de la Cour suprême sur le sujet

[1994] 1 S.C.R. 311, *Toth* is not inconsistent with that decision, as both are based on *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] UKHL 1.

[7] To grant a stay, the Court must be convinced that a serious issue exists, irreparable harm would result if the removal is not stayed, and the balance of convenience favours staying the removal. The test is conjunctive. All three branches must be satisfied.

[8] We shall set out a brief summary of the facts relevant to the parties' arguments concerning the stay motion in the Federal Court in order to situate the issues that the Judge had to consider.

[9] At the time of the stay motion, the appellant was 22 years of age and has been in Canada since he was 7.

[10] Central to the appellant's submissions on the stay motion was his allegation that he faces danger if he were removed from Canada and sent back to Egypt. This danger stems from his parents' persecution in Egypt, including instances of extrajudicial detention and torture. While out of Egypt, his father was convicted *in absentia* for ties to terrorist groups. Ultimately, the appellant and his family fled to Canada and claimed refugee protection. Today, the appellant says he has no relationship with his parents' extended family, and has no memory of ever living in Egypt. Some of his close relatives are now naturalized Canadians.

[11] Among other things, the appellant contended that although the regime in Egypt had changed, the old security apparatus remains and poses a threat to the appellant.

[12] In response to the stay motion, the Minister emphasized the appellant's criminal record in Canada. Over the last seven years, the appellant was convicted of armed robbery, robbery, conspiracy to commit

*RJR — MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S 311, même s'il le précède, car tous les deux sont fondés sur l'arrêt *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] UKHL 1.

[7] Pour accorder un sursis, la Cour doit être convaincue qu'il existe une question sérieuse à juger, que l'appelant subirait un préjudice irréparable si le sursis à l'exécution de la mesure de renvoi n'est pas accordé et que la prépondérance des inconvénients est favorable au sursis. Ce test est conjonctif. Il faut satisfaire aux trois volets énoncés.

[8] Commençons par un bref résumé des faits allégués à l'appui des arguments soulevés par les parties dans la requête en sursis présentée devant la Cour fédérale afin de bien cerner les questions soumises au juge.

[9] Au moment de la requête en sursis, l'appelant avait 22 ans. Il vit au Canada depuis l'âge de 7 ans.

[10] L'allégation selon laquelle il serait exposé à un danger s'il devait être renvoyé du Canada vers l'Égypte était au cœur des observations formulées par l'appelant dans le cadre de sa requête en sursis. Ce danger découle des persécutions dont ses parents auraient été victimes en Égypte, notamment de détention extrajudiciaire et de torture. Alors qu'il était à l'extérieur de l'Égypte, son père a été reconnu coupable par contumace d'avoir eu des liens avec des groupes terroristes. L'appelant et sa famille se sont finalement enfuis au Canada et ont demandé l'asile. Aujourd'hui, l'appelant déclare qu'il n'a pas de rapports avec la famille élargie de ses parents et qu'il n'a aucun souvenir d'avoir vécu en Égypte. Certains de ses proches parents sont maintenant Canadiens naturalisés.

[11] Entre autres choses, l'appelant a soutenu que, bien que le régime ait changé en Égypte, l'ancien service de sécurité était toujours en place et constituait une menace pour lui.

[12] En réponse à la requête en sursis, le ministre a rappelé que l'appelant avait un casier judiciaire au Canada. Au cours des sept dernières années, l'appelant a été reconnu coupable de vol à main armée, de vol

robbery, theft, carrying a concealed weapon, assault, possession of heroin while incarcerated, uttering threats, possession of property obtained by crime, and obstructing a police officer. This is only a partial summary of the convictions. Some victims were female escorts and patrons at a private club. Weapons included a knife and a shotgun.

[13] The Minister, relying on the danger opinion, submitted in the Federal Court that the appellant no longer has a well-founded fear of persecution in Egypt and no longer faces a risk of harm in Egypt. In the Minister's view, the regime in Egypt has been overthrown, members of the group Al Jihad (of which the appellant's father was allegedly once a member) have been released from prison, and arrests currently happening in Egypt do not involve family members of persons considered to be former political dissidents.

[14] As stated earlier, the parties filed their materials and written evidence. The stay motion came before the Judge. A teleconference hearing took place.

[15] At the outset of the teleconference hearing, the appellant alleged that the Judge was biased in cases involving criminality. He asked the Judge to recuse himself. At this time, the appellant referred only to statistics compiled by counsel concerning the Minister's success rate in cases such as this.

[16] Although it appears that an opinion report (the opinion) analysing the Judge's cases was in preparation, it had not been finalized. Therefore, it was not filed before the Judge in support of the allegation of bias.

[17] After receiving the parties' oral submissions on whether he should recuse, the Judge declined to recuse himself. He assured counsel that he was not biased and that he approached each matter with an open mind.

[18] After receiving the parties' oral submissions on the merits of the matter, the Judge reserved for a short

qualifié, de complot en vue de commettre un vol qualifié, de vol, de port d'une arme dissimulée, de voies de fait, de possession d'héroïne alors qu'il était incarcéré, de profération de menaces, de possession de biens criminellement obtenus et d'entrave à un agent de police. Il ne s'agit là que d'un résumé partiel des crimes dont il a été reconnu coupable. Parmi ses victimes, certaines étaient des escortes féminines et des clients d'un club privé, et les armes en question consistaient notamment en un couteau et un fusil.

[13] Se fondant sur l'avis de danger, le ministre a soutenu devant la Cour fédérale que l'appelant n'avait plus de crainte raisonnable d'être persécuté en Égypte et qu'il n'était plus exposé à un risque de préjudice dans ce pays. Selon lui, le régime égyptien avait été renversé, des membres du groupe Al Jihad (auquel le père de l'appelant aurait déjà appartenu) avaient été libérés de prison, et aucun des cas récents d'arrestation en Égypte ne visait des membres de la famille de personnes considérées comme des anciens dissidents politiques.

[14] Comme nous l'avons mentionné, les parties ont déposé leurs documents et éléments de preuve écrits. Le juge a été saisi de la requête en sursis. Une audience par téléconférence a eu lieu.

[15] Dès le début de la téléconférence, l'appelant a allégué que le juge faisait preuve de partialité dans les affaires de criminalité. Il a demandé au juge de se récuser. À ce moment, il n'a invoqué que des statistiques établies par son avocat sur le taux de succès du ministre dans des cas comme en l'espèce.

[16] Il semble qu'un rapport d'opinion (l'opinion) sur les décisions rendues par le juge était en cours de rédaction, mais qu'il n'était pas terminé. Ce rapport n'a donc pas été déposé à l'appui de l'allégation de partialité.

[17] Après avoir entendu les observations des parties sur la question de savoir s'il devait se récuser, le juge a refusé de le faire. Il a assuré aux avocats qu'il était impartial et qu'il examinait chaque affaire avec un esprit ouvert.

[18] Après avoir entendu les observations des parties sur le fond de l'affaire, le juge a mis sa décision

time. Ultimately, he accepted the Minister's position and dismissed the stay motion, finding that none of the branches of the test for a stay had been met.

[19] In this Court, the appellant appeals from the refusal of the stay.

#### B. Events before the hearing of this appeal

[20] The appellant sought an interim stay in this Court, preventing his removal from Canada pending the disposition of this appeal. In support of this, the appellant filed the opinion that had been under preparation. This Court granted the interim stay by order dated January 6, 2012.

[21] The appellant has included the opinion in the appeal book. At the hearing of this appeal, this Court expressed concern that it should not have been included because it did not form part of the evidentiary record before the Federal Court and considered by the Judge. In response, the appellant attempted to justify its inclusion, relying upon time pressures, the quick pace of the matter, and the lack of advance notice about the identity of the Judge hearing the stay motion in the Federal Court.

[22] The presence of the opinion in the motion record for the interim stay does not mean that it can be included in the appeal book. Normally only those materials that were before the Federal Court can be included in the appeal book.

[23] The appellant did not bring a formal motion to include the opinion as fresh evidence in this appeal, though some of his submissions can be taken as a plea to consider it on that basis. We need not consider whether the opinion could meet the test for fresh evidence because we find later in these reasons that the opinion is inadmissible and, in any event, owing to its flaws, is of no assistance to us on the issues in this appeal.

en délibéré pendant une courte période. Il a finalement retenu la position du ministre et rejeté la requête en sursis, concluant que l'appellant n'avait satisfait à aucun des volets du critère applicable au sursis.

[19] Devant la Cour, l'appellant interjette appel du rejet de la requête en sursis.

#### B. Événements antérieurs à l'audience du présent appel

[20] L'appellant a demandé à la Cour un sursis provisoire visant à empêcher son renvoi du Canada en attendant l'issue du présent appel. À l'appui de cette demande, l'appellant a déposé l'opinion qui était auparavant en cours de rédaction. La Cour a prononcé une ordonnance de sursis provisoire le 6 janvier 2012.

[21] L'appellant a versé ladite opinion au dossier d'appel. À l'audience du présent appel, la Cour a exprimé des réserves à cet égard, en ce sens que l'opinion n'aurait dû être déposée parce qu'elle ne faisait pas partie du dossier de preuve soumis à la Cour fédérale et qu'elle n'avait pas été examinée par le juge. En réponse, l'appellant a tenté de justifier l'inclusion de ce document, invoquant des contraintes de temps, le rythme rapide de l'affaire, et l'absence de préavis à propos de l'identité du juge instruisant la requête en sursis en Cour fédérale.

[22] La présence de l'opinion dans le dossier de la requête en sursis provisoire ne signifie pas qu'elle peut être versée au dossier d'appel. En règle générale, seuls les documents présentés à la Cour fédérale peuvent faire partie du dossier d'appel.

[23] L'appellant n'a pas présenté de requête formelle en vue de soumettre l'opinion au titre de nouvel élément de preuve dans le présent appel, quoique certaines observations puissent être considérées comme une demande en ce sens. Il n'est pas nécessaire de déterminer si l'opinion pourrait répondre au critère concernant les nouveaux éléments de preuve parce que, plus loin dans les présents motifs, nous concluons qu'elle n'est pas admissible et que de toute façon, en raison des lacunes



[24] Also filed for the first time on appeal was an affidavit attaching Department of Justice submissions in nine other cases. Like the opinion, it should not have been included in the appeal book without bringing a motion for fresh evidence. The affidavit is inadmissible.

### C. The bias allegations

[25] As mentioned earlier, in this Court, the appellant again alleges bias. He relies on three particular grounds:

(1) The Judge is unconsciously biased in cases such as this. Here, the appellant offers the opinion in support;

(2) The Judge created a reasonable apprehension of bias by copying into his reasons dismissing the stay motion most of the Minister's written submissions, without attribution; and

(3) The Judge created a reasonable apprehension of bias by delving far too deeply into the merits of the matter, rather than engaging in the normally cursory examination done under the "arguable case" branch of the test for granting a stay.

The appellant says that these three grounds support and reinforce each other and must lead to the conclusion that the Judge should have recused himself.

### D. Jurisdictional considerations

[26] The parties agree that there are severe jurisdictional restrictions on this Court hearing appeals in matters such as this.

[27] The decision under appeal is an interlocutory decision and, except in well defined, narrow circumstances, appeals are not available. Paragraph 72(2)(e)

qu'elle présente, elle ne nous est d'aucun secours en l'espèce.

[24] Un affidavit auquel étaient jointes les observations du ministère de la Justice dans neuf autres causes a également été déposé pour la première fois en appel. À l'instar de l'opinion, il n'aurait pas dû être versé au dossier d'appel avant que l'appelant n'ait présenté une requête en présentation d'un nouvel élément de preuve. L'affidavit n'est pas admissible.

### C. Les allégations de partialité

[25] Comme nous l'avons mentionné, l'appelant allègue à nouveau devant nous la question de la partialité. Il s'appuie sur trois motifs particuliers :

1) Le juge a inconsciemment fait preuve de partialité dans des affaires comme celle de l'espèce. À l'appui de cette allégation, l'appelant présente l'opinion.

2) Le juge a fait naître une crainte raisonnable de partialité en reproduisant dans ses motifs de rejet de la requête en sursis la plupart des observations écrites du ministre, sans en mentionner la source.

3) Le juge a fait naître une crainte raisonnable de partialité en analysant trop en profondeur le fond de l'affaire, plutôt que d'effectuer l'examen superficiel habituellement prévu pour le volet de la « cause défendable » du critère relatif à l'octroi d'un sursis.

L'appelant affirme que ces trois motifs s'étaient et se renforcent mutuellement et doivent mener à la conclusion selon laquelle le juge aurait dû se récuser.

### D. Considérations de compétence

[26] Les parties reconnaissent que la Cour jouit d'une compétence très restreinte pour statuer sur les affaires comme celle de l'espèce.

[27] La décision faisant l'objet de l'appel est une décision interlocutoire et, sauf dans des circonstances bien définies et très limitées, elle n'est pas susceptible

of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (the Act) bars an appeal from an interlocutory judgment of the Federal Court. Paragraph 72(2)(e) appears in Division 8 [ss. 72–75] of the Act. Provisions in Division 8, such as paragraph 72(2)(e), prevail over any inconsistent provisions of the *Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)], including the provisions concerning appeals: subsection 75(2) [as am. *idem*, s. 194] of the Act.

[28] The well defined, narrow circumstances are where a judge refuses to exercise jurisdiction to decide the matter (*Subhaschandran v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 27, [2005] 3 F.C.R. 255) and where there is a reasonable apprehension of bias on the part of the judge (*Zündel (Re)*, 2004 FCA 394, 331 N.R. 180). However, this Court does not have jurisdiction to hear appeals based on submissions, even submissions that appear to possess considerable merit, that errors of law have been committed (*Mahjoub v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2011 FCA 294, [2013] 3 F.C.R. 36).

[29] In our view, based on these authorities, we find that this Court has jurisdiction to hear the appellant's appeal based on the ground that the Judge was unconsciously biased and that his copying of the Minister's written submissions without attribution created a reasonable apprehension of bias. These are the first and second of the three grounds for appeal set out above.

[30] The jurisdiction of this Court to consider the third ground raised by the appellant is more problematic. To reiterate, this was the Judge's excessive delving into the merits of the matter under the arguable case branch of the stay test.

[31] Based on the reasons written by the Judge, the Judge did engage in a microscopic examination of the merits of the matter under the arguable case branch of the test, embarking upon 24 detailed paragraphs of each of the appellant's arguments concerning the danger assessment and a further 8 detailed paragraphs concerning

d'appel. L'alinéa 72(2)e) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (la Loi), interdit l'appel interjeté à l'encontre d'une décision interlocutoire de la Cour fédérale. L'alinéa 72(2)e) se trouve dans la section 8 [art. 72 à 75] de la Loi. Les dispositions de la section 8, comme l'alinéa 72(2)e), l'emportent sur les dispositions incompatibles de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)], y compris les dispositions concernant les appels (paragraphe 75(2) [mod., *idem*, art. 194] de la Loi).

[28] Font partie des circonstances bien définies et très limitées les cas où le juge refuse d'exercer son pouvoir discrétionnaire de trancher l'affaire (*Subhaschandran c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 27, [2005] 3 R.C.F. 255), et les cas où il existe une crainte raisonnable de partialité de la part du juge (*Zündel (Re)*, 2004 CAF 394). Cependant, la Cour n'a pas compétence pour entendre les appels fondés sur des observations, même des observations qui semblent être très défendables, portant que des erreurs de droit ont été commises (*Mahjoub c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2011 CAF 294, [2013] 3 R.C.F. 36).

[29] Compte tenu de ces décisions, nous estimons que la Cour a compétence pour statuer sur le présent appel dans la mesure où il repose sur les allégations que le juge a inconsciemment fait preuve de partialité et que sa reproduction des observations écrites du ministre sans en mentionner la source a fait naître une crainte raisonnable de partialité. Il s'agit des premier et deuxième motifs d'appel susmentionnés.

[30] La compétence de la Cour pour examiner le troisième motif invoqué par l'appelant soulève plus de difficultés. Rappelons qu'il porte sur l'analyse excessive sur le fond que le juge aurait effectuée dans le cadre du volet relatif à la cause défendable du test en matière de sursis.

[31] Il ressort des motifs du juge que celui-ci a en effet examiné à la loupe le fond de l'affaire au regard du volet relatif à la cause défendable, rédigeant 24 paragraphes détaillés sur l'évaluation du danger où il aborde chacun des arguments de l'appelant, de même que 8 autres paragraphes détaillés sur l'évaluation du risque. Sous réserve

the risk assessment. Subject to certain well-defined exceptions, not present here, this is not the approach called for under the *Toth* test for a stay.

[32] In future cases, the approach followed by the Judge should be avoided. Further, in the leave application in this case, the Judge hearing the matter should disregard the Judge's microscopic examination of the merits of the matter under the arguable case branch of the test.

[33] The appellant submits that the Judge's approach is indicative of bias. To us, this is not a submission about bias. Instead, it smacks of a submission about the merits of the Judge's decision making, a matter that cannot be appealed to this Court.

[34] Therefore, remaining before us are two grounds offered by the appellant in support of bias, a matter that can be appealed to this Court. To reiterate, these are the grounds based on unconscious bias and the unattributed copying in the reasons.

#### E. Analysis

[35] The parties agree that the following test applies (*Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, at page 394):

... the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying themselves to the question and obtaining thereon the required information.... [The] test is "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."

##### (1) Alleged unconscious bias by the Judge

[36] As mentioned previously, the opinion, authored by a law professor, has been offered in support of this ground.

de certaines exceptions bien établies, non applicables en l'espèce, cette approche n'est pas celle prévue par le test énoncé dans l'arrêt *Toth* en matière de sursis.

[32] Il y aurait lieu à l'avenir d'éviter l'approche suivie par le juge. Par ailleurs, le juge saisi de la demande d'autorisation en l'espèce ne devrait pas tenir compte de l'examen détaillé sur le fond auquel a procédé le juge dans le cadre du volet relatif à la cause défendable.

[33] L'appellant soutient que l'approche du juge est un indice de partialité. À notre avis, il ne s'agit pas d'une observation sur la partialité. Cela ressemble plutôt à une observation sur le bien-fondé du processus décisionnel du juge, qui n'est pas susceptible d'appel à la Cour.

[34] En conséquence, nous sommes saisis de deux motifs soulevés par l'appellant sur la question de la partialité, laquelle est susceptible d'appel à la Cour. Rappelons qu'il s'agit des motifs fondés sur la partialité inconsciente et sur la reproduction dans les motifs des observations du ministre sans en citer la source.

#### E. Analyse

[35] Les parties conviennent que le critère suivant s'applique (*Committee for Justice and Liberty et autres c. Office national de l'énergie et autres*, [1978] 1 R.C.S. 369, à la page 394) :

[...] la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet [...] [C]e critère consiste à se demander « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? »

##### 1) Allégation de partialité inconsciente de la part du juge

[36] Comme nous l'avons mentionné précédemment, l'opinion, rédigée par un professeur de droit, a été présentée à l'appui de ce motif.

[37] The opinion examines 54 of the Judge’s decisions in this area and purports to analyse them, placing particular emphasis on their outcomes, not on whether they were well founded on the facts and the law. Ultimately, the opinion concludes that “it is more likely than not that [the Judge] will enter a courtroom in these kinds of cases without the kind of open mind that is needed to give a fair hearing to both parties”.

[38] As the Supreme Court has said, an allegation of bias of the sort made here “calls into question not simply the personal integrity of the judge, but the integrity of the entire administration of justice”: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, at paragraph 113.

[39] There is a strong presumption that judges will carry out their duties properly, and with integrity: *S. (R.D.)*, above, at paragraph 32, *per* L’Heureux-Dubé J. and McLachlin J. (as she then was), and at paragraphs 116–117, *per* Major J.; *R. v. Teskey*, 2007 SCC 25, [2007] 2 S.C.R. 267, *per* Abella J.; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, 2003 SCC 45, [2003] 2 S.C.R. 259, *per* McLachlin C.J. This presumption can be rebutted only by a “serious” and “substantial” demonstration made by “convincing evidence”: *Wewaykum*, above, at paragraph 76; *S. (R.D.)*, above, at paragraph 32.

[40] The opinion offered in support of this allegation of bias falls well short of the mark. In fact, in these circumstances, for the reasons set out below, the opinion is inadmissible and, in any event, no weight can be accorded to it.

[41] First, the opinion is inadmissible. Expert evidence is admissible when it is “necessary in the sense that it provide[s] information ‘which is likely to be outside the experience and knowledge of a judge’”: *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9 [at page 23], citing *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24. Stripped to its essence, the opinion merely summarizes legal decisions, offers legal submissions on those decisions, and then expresses the author’s personal views on the ultimate issue that is for this Court to decide, namely whether there is a reasonable apprehension of bias. In actuality, the opinion is analogous to a memorandum of fact and law. It fails the *Mohan* test.

[37] Dans cette opinion, l’auteur examine 54 décisions rendues par le juge dans ce domaine et prétend les analyser, insistant particulièrement sur les conclusions qui s’en dégagent, non sur la question de savoir si elles étaient bien fondées au regard des faits et du droit. En définitive, il conclut que [TRADUCTION] « selon toute vraisemblance, dans ce type de dossier, [le juge] entrera dans la salle d’audience sans l’ouverture d’esprit nécessaire pour assurer aux parties une audience équitable ».

[38] Comme l’a déclaré la Cour suprême, « l’allégation de crainte raisonnable de partialité met en cause non seulement l’intégrité personnelle du juge, mais celle de l’administration de la justice toute entière » (*R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, au paragraphe 113).

[39] Il existe une forte présomption selon laquelle les juges exerceront leurs fonctions de façon appropriée et avec intégrité (*S. (R.D.)*, précité, au paragraphe 32, les juges L’Heureux-Dubé et McLachlin (maintenant juge en chef), et aux paragraphes 116 et 117, le juge Major; *R. c. Teskey*, 2007 CSC 25, [2007] 2 R.C.S. 267, la juge Abella; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2003 CSC 45, [2003] 2 R.C.S. 259, la juge en chef McLachlin). Cette présomption ne peut être réfutée que par une démonstration « sérieuse » reposant sur une « preuve concluante » en ce sens (*Wewaykum*, précité, au paragraphe 76; *S. (R.D.)*, précité, au paragraphe 32).

[40] L’opinion présentée à l’appui de cette allégation de partialité est loin de faire une telle démonstration. Ainsi, dans ces circonstances et pour les motifs énoncés ci-après, l’opinion n’est pas admissible et, quoi qu’il en soit, aucun poids ne peut lui être accordé.

[41] Premièrement, l’opinion d’expert est irrecevable. La preuve d’expert est admissible lorsqu’elle est « nécessaire au sens qu’elle fournit des renseignements “qui, selon toute vraisemblance, dépassent l’expérience et la connaissance d’un juge” » (*R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9 [à la page 23], citant *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24). Essentiellement, cette opinion ne fait que résumer des décisions judiciaires, présenter des observations juridiques concernant ces décisions et exprimer l’avis personnel de l’auteur sur la question fondamentale qu’il appartient à la Cour de trancher, à savoir s’il existe une crainte raisonnable de partialité. En réalité, l’opinion

[42] Second, at the hearing, we drew to the attention of counsel that rule 52.2 [as enacted by SOR/2010-176, s. 2] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] had not been followed. That rule sets out an exacting procedure that must be followed for the admission of expert evidence, a procedure that, among other things, is designed to enhance the independence and objectivity of experts on whom the courts may rely: see subsection 52.2(2) and the Code of Conduct for Expert Witnesses in the Schedule [as enacted by SOR/2010-176, s. 13] to the Rules.

[43] Third, and related to the non-compliance with rule 52.2, we have grave concerns about the objectivity and independence of the opinion. There has been much judicial commentary on the desirability of experts being independent of the parties and objective and impartial in their opinions: see, for example, *National Justice Campania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co. Ltd.* (“*The Ikarian Reefer*”), [1993] 2 Lloyd’s Rep. 68 (Q.B. (Com. Ct.)), at pages 81–82. Some of the schedules to the opinion reveal editorial comments about some of the decisions using language that is gratuitous, intemperate and ideological. Further, the opinion expresses dislike for some of the jurisprudence of the Federal Court and this Court. This colours the opinion’s assessment of the Judge’s decisions, many of which follow this jurisprudence.

[44] Fourth, this opinion is in draft form and is unsigned.

[45] Quite aside from admissibility, we can accord this opinion no weight. The opinion is a statistical analysis by someone with no statistical expertise of 54 cases decided by the Judge between 2005–2010 involving “cases in which criminality was a relevant feature of the immigration or refugee law issues in the case”. The limitations of statistics are well known. Even in the specific areas where statistics are acknowledged to be useful (not here), the degree of usefulness is linked to the scientific methodology followed and the intellectual

ressemble à un mémoire des faits et du droit. Elle ne satisfait pas au critère énoncé dans l’arrêt *Mohan*.

[42] Deuxièmement, lors de l’audience, nous avons attiré l’attention des avocats sur le fait que la règle 52.2 [édicte par DORS/2010-176, art. 2] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)], n’avait pas été suivie. Cette disposition prévoit une procédure exigeante qui doit être suivie par quiconque veut faire admettre une preuve d’expert, une procédure qui, entre autres, est conçue pour favoriser l’indépendance et l’objectivité des experts sur lesquels les cours peuvent s’appuyer (voir le paragraphe 52.2(2) des Règles et le Code de déontologie régissant les témoins experts figurant en annexe [édicte par DORS/2010-176, art. 13] des Règles).

[43] Troisièmement, en ce qui concerne le non-respect de la règle 52.2 des Règles, nous avons de sérieuses réserves quant à l’objectivité et à l’indépendance de l’opinion. Les tribunaux se sont souvent exprimés sur le fait qu’il était souhaitable que les experts soient indépendants des parties et que leurs opinions soient objectives et impartiales (voir par exemple, *National Justice Campania Naviera S.A. v. Prudential Assurance Co. Ltd.* (“*The Ikarian Reefer*”), [1993] 2 Lloyd’s Rep. 68 (Q.B. (Com. Ct.)), aux pages 81 et 82). Sont joints en annexes à l’opinion certains commentaires sur les propos gratuits, excessifs et idéologiques contenus dans certaines décisions. L’auteur y désapprouve en outre certaines décisions de la Cour fédérale et de notre Cour, ce qui fausse son appréciation des décisions du juge, qui a suivi dans plusieurs cas cette jurisprudence.

[44] Quatrièmement, l’opinion est une ébauche et n’est pas signée.

[45] Indépendamment de son admissibilité, nous ne pouvons accorder de poids à cette opinion. Il s’agit d’une analyse statistique réalisée par quelqu’un qui n’a aucune expertise dans ce domaine. Elle porte sur 54 décisions rendues par le juge entre 2005 et 2010 dans des [TRADUCTION] « affaires où la criminalité était un élément important des questions de droit en matière d’immigration et de protection des réfugiés qui étaient en litige ». Les limites des statistiques sont bien connues. Même dans les domaines particuliers où leur utilité

rigour used in their compilation and analysis. Here, the lack of acceptable methodology and intellectual rigour, along with several obvious errors, reduces the weight of this opinion to naught. There are many examples, but a few will suffice:

- The 54 cases that make up the statistical analysis were found by a student acting for counsel for the appellant. The law professor did not undertake his own case law research.
- The opinion does not examine all of the Judge’s relevant decisions since appointment. It is unknown why the 2005–2010 period was chosen and whether all of the relevant decisions of the Judge in that period were examined. We were advised at the hearing that the 54 decisions were gathered from an electronic database. However, counsel for the appellant acknowledged that this database may not include all of the Judge’s decisions on stay motions.
- A number of the 54 decisions are not analogous to this case, i.e. a number do not concern stays. One of the cases does not even involve criminality.
- The opinion does not say that any of the 54 decisions was wrongly decided on the facts and the law. No attempt was made to review the records of the cases in order to see whether the Judge reached fair and arguable outcomes.
- The opinion is internally inconsistent. There are many examples of this, but one will suffice. The opinion tells us that the statistics on the 54 cases are “impossible to ignore”, it later tells us that the 54 cases cannot be used to “establish actual bias *per se*”, and then it tells us that only one example of “problematic judging” is enough to establish bias.

est reconnue (ce qui n’est pas le cas en l’espèce), elles sont utiles dans une mesure qui dépend de la méthodologie scientifique suivie et de la rigueur intellectuelle employée pour les compiler et les analyser. En l’espèce, l’absence d’une méthodologie et d’une rigueur intellectuelle acceptables, combinée à plusieurs erreurs évidentes, réduit à néant le poids de cette opinion. Il y a plusieurs exemples, mais quelques-uns suffiront :

- Les 54 affaires sur lesquelles porte l’analyse statistique ont été relevées par un étudiant pour le compte de l’avocate de l’appelant. Le professeur de droit n’a pas effectué sa propre recherche de la jurisprudence.
- L’opinion ne porte pas sur toutes les décisions rendues en la matière par le juge depuis sa nomination. On ne connaît pas la raison pour laquelle la période de 2005 à 2010 a été choisie ni si toutes les décisions rendues en la matière par le juge au cours de cette période ont été examinées. À l’audience, on a informé la Cour que les 54 jugements étaient tirés d’une base de données électronique. L’avocate de l’appelant a toutefois reconnu que cette base de données pouvait ne pas contenir toutes les décisions prononcées par le juge en matière de sursis.
- Parmi les 54 décisions, plusieurs se distinguent de la présente affaire, c’est-à-dire qu’elles ne portent pas sur la question du sursis. L’une d’elles n’a même rien à voir avec la criminalité.
- L’auteur de l’opinion ne dit pas que les 54 décisions sont erronées eu égard aux faits et au droit. Il ne s’est nullement penché sur les dossiers afin de vérifier si le juge était parvenu à une conclusion équitable et défendable.
- Cette opinion est intrinsèquement contradictoire. Nous avons relevé plusieurs contradictions, mais un seul exemple suffira. L’auteur affirme qu’il est [TRADUCTION] « impossible d’ignorer » les statistiques concernant les 54 décisions, pour plus tard indiquer que les 54 décisions ne sauraient permettre d’[TRADUCTION] « établir une partialité réelle en soi », et qu’un seul exemple de [TRADUCTION] « jugement problématique » suffit à démontrer la partialité.

- The opinion alleges that the Judge is biased because the Judge uses the balance of convenience branch of the test and the existence of criminality to “zealously and rhetorically deepen the lack of merit in the motion”. Far from being an example of bias, this is an example of adherence to a statement by this Court that the protection of the Canadian public is a paramount factor under the balance of convenience branch: *Tesoro v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FCA 148, [2005] 4 F.C.R. 210. On other occasions, the opinion does not take into account the law that the Judge must consider, law that results in relief being granted only exceptionally, regardless of the Judge deciding the matter. In this regard, the opinion does not consider the decisions of other judges deciding matters such as this, nor does it consider the success rate of parties before those other judges.
- The opinion alleges that the Judge applies a test more favourable to the Minister on the “serious issue” branch of the test for a stay. In support of this, the opinion notes that in one case brought by the Minister, the Judge used the expression “not frivolous or vexatious” rather than the expressions “serious issue”, “arguable issue”, and “arguable case”, expressions that are used by the Judge in cases brought by individuals. But often the particular expression used in reasons by a judge is influenced by the expression used by the parties in their submissions. And, as those familiar with the law in this area know, these terms are often used interchangeably.
- The opinion suggests that the Judge is biased in his treatment of questions proposed for certification. That serious allegation is based on only 10 cases, and no evidence is offered to suggest that any of the questions proposed in those cases met the test for certification. From this, the opinion concludes that the Judge does not want to be judged and “does not have an expansive enough view of law and of the world”. This pattern of reasoning in the opinion—slight evidence, questionable analysis, extreme conclusion—happens at several places in the opinion.
- Il allègue que le juge fait preuve de partialité parce qu’il se sert du volet du critère relatif à la prépondérance des inconvénients et de l’existence d’une certaine criminalité pour [TRADUCTION] « approfondir avec zèle et de façon rhétorique l’absence de bien-fondé de la requête ». Loin d’être un exemple de partialité, voilà un exemple d’adhésion à une déclaration faite par la Cour selon laquelle la protection de la population canadienne est un facteur primordial en ce qui concerne le volet relatif à la prépondérance des inconvénients (*Tesoro c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2005 CAF 148, [2005] 4 R.C.F. 210). À d’autres endroits, l’auteur ne tient pas compte du droit que le juge doit appliquer, qui ne permet l’octroi de mesures que dans des cas exceptionnels, peu importe celui qui tranche la question. À cet égard, l’auteur ne se penche pas sur les décisions prononcées par d’autres juges dans des affaires semblables à celle-ci, pas plus qu’il n’examine le taux de succès des parties devant ces autres juges.
- L’auteur affirme que le juge a favorisé le ministre dans l’application du volet relatif à la « question sérieuse » du test applicable en matière de sursis. À cet égard, il souligne que dans une affaire soumise par le ministre, le juge a utilisé l’expression « non frivole ou vexatoire » plutôt que les expressions « question sérieuse », « question défendable » et « cause défendable », expressions qu’il a employées dans des affaires soumises par des particuliers. Or, bien souvent l’emploi par un juge d’une expression particulière dans ses motifs est influencé par l’emploi par les parties de cette expression dans leurs observations. De plus, comme le savent ceux qui connaissent ce domaine du droit, ces expressions sont souvent utilisées de façon interchangeable.
- L’auteur suggère que le juge fait preuve de partialité dans le traitement des questions proposées aux fins de certification. Cette allégation grave ne repose que sur 10 affaires et rien ne permet de penser que les questions proposées dans ces affaires satisfaisaient au critère relatif à la certification. Cela dit, l’auteur conclut que le juge ne veut pas être jugé et [TRADUCTION] « ne possède pas une vision suffisamment large du droit et du monde ». Ce genre de raisonnement — preuve très mince, analyse douteuse, conclusion excessive — se retrouve à plusieurs endroits dans l’opinion.

[46] Our rejection of the opinion—for many reasons—leaves the appellant’s allegation of unconscious bias on the part of the Judge without any support whatsoever. Therefore, we reject this allegation.

[47] Before leaving this issue, we wish to make three final comments.

[48] First, we note that because the opinion states that bias was most apparent on stay motions, we examined those cases with particular attention. We saw nothing in them that would give the informed and reasonable person, viewing the matter realistically and practically, any reason to think that the Judge decided in a biased way.

[49] Second, counsel for the appellant urged us, regardless of the weight we might give to the opinion, to consider the statistics concerning the outcomes reached by the Judge. In our view, such statistics, without more, are of no probative value on the issue of bias.

[50] Finally, the Supreme Court has said that alleging bias is “a serious step that should not be undertaken lightly”: *S. (R.D.)*, above, at paragraph 113. Given the harm caused to the administration of justice when unsubstantiated allegations are made, and given the serious shortcomings of the opinion tendered in this case, we cannot help but express our deep disappointment.

## (2) The Judge’s reasons

[51] The appellant is correct that the Judge copied into his decision, almost *verbatim*, much of the Minister’s written submissions, without attribution. Indeed, the Judge substantially copied 62 of 66 paragraphs of the Minister’s written submissions.

[46] Notre rejet de l’opinion — pour plusieurs raisons — fait en sorte que l’allégation de l’appelant selon laquelle le juge a fait inconsciemment preuve de partialité n’est aucunement étayée. Par conséquent, nous rejetons cette allégation.

[47] Avant de passer à une autre question, nous aimerions faire trois dernières observations.

[48] Premièrement, nous tenons à mentionner que, parce que l’opinion indiquait que la partialité était surtout manifeste dans les cas de requête en sursis, nous avons examiné ces affaires avec un soin particulier. Nous n’y avons rien décelé qui permette à une personne bien renseignée et raisonnable qui examine la question de façon réaliste et pratique de penser que le juge a fait preuve de partialité dans ses décisions.

[49] Deuxièmement, l’avocate de l’appelant a insisté pour que nous tenions compte des statistiques concernant les décisions du juge, peu importe le poids que nous pourrions accorder à l’opinion. À notre avis, ces statistiques à elles seules n’ont aucune valeur probante quant à la question de la partialité.

[50] Enfin, la Cour suprême a déclaré que formuler une allégation de partialité était « une décision sérieuse qu’on ne doit pas prendre à la légère » (*S. (R.D.)*, précité, au paragraphe 113). Compte tenu du préjudice causé à l’administration de la justice lorsque des allégations non fondées sont formulées et compte tenu des lacunes graves contenues dans l’opinion présentée en l’espèce, nous ne pouvons nous empêcher d’exprimer notre grande déception.

## 2) Motifs du juge

[51] L’appelant a raison de dire que le juge a reproduit dans sa décision, presque textuellement, une grande partie des observations écrites du ministre, sans mentionner leur source. En effet, dans ses motifs, le juge a essentiellement reproduit 62 des 66 paragraphes composant les observations écrites du ministre.



[52] The Judge's copying must be placed in its proper context.

[53] First, at the beginning of his analysis, the Judge wrote the following (at paragraphs 20–21):

The Court, subsequent to reading all of the submitted materials, having heard both parties in a teleconference hearing and reflected on the matter, agrees with the position of the Respondent [Minister].

The Applicant fails to raise an arguable issue in his underlying application and fails to establish that he would face irreparable harm if the stay scheduled for the 19th, 20th or 21st of December, 2011, were not granted. The Court agrees with the Respondent that the balance of convenience weighs in favour of the public interest in this case. The Applicant is a foreign national who is to be removed subsequent to his having been determined to be inadmissible for serious criminality, all of which is explained below[.]

This was the Judge's original prose.

[54] In argument before us, counsel for the appellant admitted that if the Judge had written only these two paragraphs and nothing else, the reasons would have been sufficient and would not have created any apprehension of bias.

[55] Second, the appellant asked the Judge to render judgment very quickly in order to facilitate onward review and the Judge acceded to that request. Seen in this light, the Judge's resort to copying of the 62 paragraphs from the Minister's written submissions could be seen as an attempt—quick, convenient and shorthand, yet ill-advised—to outline the Minister's position that he had adopted.

[56] Third, the nature of the teleconference hearing conducted by the Judge forms part of the context. At the hearing of this appeal, we informed the parties that we had obtained the Registrar's minutes of the teleconference hearing and we invited the parties to make submissions on what we had learned from those minutes.

[57] The minutes show that the teleconference lasted just under 2 hours. All but 25 minutes of the hearing concerned the merits of the stay motion. Those 25

[52] La reproduction des observations du ministre par le juge doit être replacée dans son contexte.

[53] Premièrement, au début de son analyse, le juge a écrit ce qui suit (aux paragraphes 20 et 21) :

La Cour, après avoir lu tous les documents présentés, entendu les deux parties dans le cadre d'une audience par téléconférence et réfléchi à l'affaire, souscrit à la position du défendeur [le ministre].

Le demandeur ne soulève pas une question défendable dans sa demande sous-jacente et il n'établit pas qu'il subirait un préjudice irréparable si le sursis, prévu pour les 19, 20 ou 21 décembre 2011, n'était pas accordé. La Cour convient avec le défendeur que, en l'espèce, la prépondérance des inconvénients fait pencher la balance en faveur de l'intérêt du public. Le demandeur est un étranger qui doit être renvoyé parce qu'on a jugé qu'il est interdit de territoire pour grande criminalité, comme il est expliqué ci-après.

Le juge a lui-même rédigé ces paragraphes.

[54] Dans sa plaidoirie devant la Cour, l'avocate de l'appelant a reconnu que si le juge n'avait écrit que ces deux paragraphes, sans plus, les motifs auraient été suffisants et n'auraient fait naître aucune crainte de partialité.

[55] Deuxièmement, l'appelant a demandé au juge de prononcer son jugement très rapidement afin de faciliter un examen ultérieur et le juge a accédé à cette demande. Vu sous cet angle, le fait que le juge a décidé de reproduire 62 paragraphes tirés des observations écrites du ministre pourrait être perçu comme une tentative d'agir rapidement, de façon commode, quoique malavisée, pour décrire la position du ministre qu'il avait adoptée.

[56] Troisièmement, la nature de l'audience par téléconférence présidée par le juge fait partie du contexte. À l'audience du présent appel, nous avons informé les parties que nous avons obtenu le procès-verbal du greffier de la téléconférence et nous avons invité les parties à présenter des observations sur ce que nous révélait ce procès-verbal.

[57] Le procès-verbal indique que la téléconférence a duré un peu moins de 2 heures. À l'exception d'une période de 25 minutes, l'audience a porté sur le fond de

minutes concerned the request that the Judge recuse himself. During the entire hearing, the Judge asked many questions of both parties. Counsel for the appellant estimated that teleconference hearings concerning stay motions take between 30 and 45 minutes on average, and, on occasion, an hour. Accepting that estimate for argument's sake, the argument on the merits in this case lasted double the average.

[58] The appellant notes that the Judge has engaged in the copying of a party's submissions without attribution in other cases. Indeed, the Judge has done this in varying degrees in some other cases, but not just in cases involving the Minister and not just in cases involving criminality. We do not think that this furthers the appellant's argument that the Judge was biased in favour of the Minister in this case.

[59] On a fair construction of the Judge's reasons, viewed in light of the foregoing contextual facts, we are of the view that any fully informed, reasonable person would conclude that the Judge considered the material before him and the parties' submissions and decided the matter before him in an open-minded, independent and impartial way.

[60] Therefore, we reject the appellant's submission that there was bias or a reasonable apprehension of bias in the case arising from the unattributed copying of the Minister's submissions. However, more must be said.

[61] This Court has warned against the practice of copying a substantial part of a party's written submissions without acknowledging that it is doing so: *Janssen-Ortho Inc. v. Apotex Inc.*, 2009 FCA 212, 75 C.P.R. (4th) 411. Copying the bulk of a party's written submissions "may lead to the impression that the judge has not done the work which he is called upon to do, namely, to examine all of the evidence before him and

la requête en sursis. Cette période de 25 minutes a porté sur la demande de récusation du juge. Tout au long de l'audience, le juge a posé plusieurs questions aux deux parties. Selon l'avocate de l'appellant, les audiences par téléconférence concernant des requêtes en sursis durent en moyenne 30 à 45 minutes et, à l'occasion, elles peuvent durer 1 heure. Si l'on accepte cette estimation pour les besoins de l'analyse, l'argumentation sur le fond a, en l'espèce, duré deux fois plus longtemps que la moyenne.

[58] L'appellant fait valoir que le juge a déjà, dans d'autres affaires, reproduit les observations d'une partie sans en mentionner la source. Il est vrai que c'est ce que le juge a fait à divers degrés dans certaines autres affaires, mais pas seulement dans les affaires auxquelles participait le ministre et pas seulement dans les affaires de criminalité. Nous ne croyons pas que cela renforce l'argument de l'appellant selon lequel le juge avait un parti pris pour le ministre en l'espèce.

[59] Selon une interprétation juste des motifs du juge, et à la lumière du contexte factuel exposé précédemment, nous sommes d'avis qu'une personne bien renseignée et raisonnable conclurait que le juge a examiné les documents qui lui ont été présentés ainsi que les observations des parties, et qu'il a tranché l'affaire dont il était saisi avec ouverture d'esprit, indépendance et impartialité.

[60] Par conséquent, nous rejetons la prétention de l'appellant que, dans la présente affaire, le juge a fait preuve de partialité ou a fait naître une crainte raisonnable de partialité en reproduisant les observations du ministre sans mentionner leur source. Nous devons cependant ajouter autre chose.

[61] La Cour a fait une mise en garde contre la pratique de reproduire une partie substantielle des observations écrites d'une partie sans mention de la chose (*Janssen-Ortho Inc. c. Apotex Inc.*, 2009 CAF 212). Reproduire la plus grande partie des observations écrites d'une partie « peut donner l'impression que le juge ne s'est pas acquitté des fonctions qui lui incombent, soit d'examiner tous les éléments de la preuve dont il

to make the appropriate findings” (at paragraph 77). As the appellant has observed, submissions of the Minister copied, without attribution, into reasons will be seen by later readers as the reasons of the Judge, when in fact the Minister drafted them.

[62] We reiterate the warning in *Janssen-Ortho* in the strongest possible terms. Judges should draft their own prose, explaining the basis for their decisions. Adopting or incorporating into the reasons, with attribution, portions of the written submissions is permissible. But that is subject to an important overriding consideration—in the end, the reasons must always be, and be seen to be, the end product of the Judge’s own assessment of the key issues raised in the case. In this regard, we emphasize (and appellant’s counsel agreed) that only a paragraph or two may suffice in cases such as this. Here, the issues were straight forward, the law was well settled, and speed was of the essence.

[63] Absolutely nothing good can come from the practice followed by the Judge in this case, i.e., copying a substantial portion of one of the parties’ submissions without attribution. It creates a cloud over those who engage in it and harms the reputation of the administration of justice. This practice must stop.

### (3) The grounds taken together

[64] In the event that we found that none of the grounds individually established bias, the appellant asked us to consider the matter globally. Looking at the overall circumstances and assessing them all together, would an informed person, viewing the matter realistically and practically, consider that the Judge was, or appeared to be, biased? Based on the above analysis, we answer this in the negative.

est saisi et de dégager les conclusions appropriées » (au paragraphe 77). Comme l’a souligné l’appelant, les lecteurs ultérieurs considéreront que les observations du ministre reproduites dans les motifs, sans mention de leur source, sont les motifs du juge, alors que c’est le ministre qui les a rédigés.

[62] Nous répétons, dans les termes les plus clairs possible, la mise en garde formulée dans l’arrêt *Janssen-Ortho*. Les juges devraient rédiger leurs propres motifs, expliquant le fondement de leurs décisions. L’adoption ou l’intégration de parties des observations écrites aux motifs, avec mention de la source, est autorisée, mais sous réserve d’une condition importante : en définitive, les motifs doivent toujours être le résultat de la propre appréciation du juge des principales questions soulevées, et doivent être perçus comme tels. À cet égard, nous insistons sur le fait (et l’avocate en convient) que seuls un paragraphe ou deux peuvent être suffisants dans des cas comme la présente affaire. En l’espèce, les questions en litige étaient simples, le droit était bien établi et il était essentiel de faire vite.

[63] Absolument rien de bon ne peut ressortir de la pratique suivie par le juge en l’espèce, c’est-à-dire reproduire une partie substantielle des observations d’une partie sans en mentionner la source. Elle discrédite ceux qui la pratiquent et cause un préjudice à la réputation de l’administration de la justice. Cette pratique doit cesser.

### 3) Les motifs considérés dans leur ensemble

[64] Au cas où la Cour conclurait que, considérés individuellement, aucun des motifs soulevés ne permet d’établir la partialité du juge, l’appelant lui demande d’examiner l’affaire dans son ensemble. Une personne bien renseignée, qui examinerait l’affaire de façon réaliste et pratique, et qui tiendrait compte de l’ensemble des circonstances, estimerait-elle que le juge a fait preuve ou a semblé faire preuve de partialité? Compte tenu de l’analyse qui précède, nous répondons à cette question par la négative.

## F. Further relief requested

[65] Earlier, we noted that this Court granted an interim stay preventing the Minister from carrying out the removal order “until the disposition of [this] appeal by this Court”.

[66] In the event that this Court were to dismiss the appeal, the appellant requested that this Court delay the coming into force of its judgment until the Supreme Court decided his application for leave to appeal. On the appellant’s view of the January 6, 2012 interim stay order, this would prevent the Minister from carrying out the removal order until that time. The Minister opposes.

[67] This Court has the jurisdiction to grant such relief in its judgment: *Federal Courts Rules*, subsection 53(1) (ability to attach terms to an “order”) and rule 2 (an “order” includes a judgment).

[68] In light of the reasons for granting the interim stay, it makes sense to delay the coming into force of our judgment by three weeks, i.e. March 12, 2012. For clarity, the words “until the disposition of [this] appeal by this Court” in the interim stay order of January 6, 2012 shall be interpreted to mean March 12, 2012. This would allow counsel for the appellant, if so advised, to take whatever steps may be appropriate in the Supreme Court of Canada.

[69] Therefore, we shall dismiss the appeal. Our judgment shall not take effect until March 12, 2012, at which time the interim stay granted by order of this Court on January 6, 2012 shall expire.

## F. Autres mesures demandées

[65] Nous avons mentionné précédemment que la Cour avait accordé un sursis provisoire empêchant le ministre d’exécuter la mesure de renvoi [TRADUCTION] « jusqu’à ce que [le présent] appel soit tranché par la Cour ».

[66] Dans le cas où la Cour devait rejeter l’appel, l’appelant a demandé qu’elle reporte l’entrée en vigueur de son jugement jusqu’à ce que la Cour suprême se soit prononcée sur sa demande d’autorisation de pourvoi en appel. Selon la façon dont l’appelant interprète l’ordonnance de sursis provisoire du 6 janvier 2012, cela empêcherait le ministre d’exécuter la mesure de renvoi jusqu’à ce moment. Le ministre s’y oppose.

[67] La Cour a compétence pour accorder une telle mesure dans son jugement : paragraphe 53(1) (possibilité d’assortir une « ordonnance » de modalités) et règle 2 (une « ordonnance » comprend un jugement) des *Règles des Cours fédérales*.

[68] Compte tenu des motifs pour lesquels le sursis provisoire a été accordé, il est logique de reporter l’entrée en vigueur de notre jugement de trois semaines, soit au 12 mars 2012. Par souci de clarté, le passage [TRADUCTION] « jusqu’à ce que [le présent] appel soit tranché par la Cour » dans l’ordonnance de sursis provisoire datée du 6 janvier 2012, doit s’entendre du 12 mars 2012. L’avocate de l’appelant pourra ainsi prendre toutes les mesures qu’elle estime nécessaires devant la Cour suprême du Canada.

[69] Par conséquent, nous rejetons l’appel. Notre jugement prend effet le 12 mars 2012, date à laquelle expire l’ordonnance de la Cour datée du 6 janvier 2012 accordant un sursis provisoire.

IMM-2554-11  
2012 FC 180

IMM-2554-11  
2012 CF 180

**Parviz Ahanin** (*Applicant*)

**Parviz Ahanin** (*demandeur*)

v.

c.

**The Minister of Citizenship and Immigration**  
(*Respondent*)

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

**INDEXED AS: AHANIN v. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION)**

**RÉPERTORIÉ : AHANIN c. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION)**

Federal Court, Russell J.—Toronto, November 24, 2011; Ottawa, February 8, 2012.

Cour fédérale, juge Russell—Toronto, 24 novembre 2011; Ottawa, 8 février 2012.

*Citizenship and Immigration — Immigration Practice — Convention Refugee Hearings — Post-hearing evidence and submissions — Judicial review of Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) decision refusing applicant's claim for protection as Convention refugee or person in need of protection under Immigration and Refugee Protection Act, ss. 96, 97 — Applicant, Iranian, having daughter; son living in Canada as successful refugee claimants — Third child, son, living in Iran — At applicant's refugee hearing, 30-day deadline set with applicant's counsel for submissions — Neither applicant nor counsel making submissions within given deadline — RPD case officer contacting applicant's counsel as reminder of agreed deadline — Counsel faxing applicant's additional submissions to RPD two days after deadline — RPD rejecting applicant's claim on grounds of credibility; concluding improbable that applicant would return to Iran merely to be with adult son — Whether RPD breaching applicant's right to procedural fairness by making decision without considering post-hearing submissions; whether RPD's credibility determination reasonable — RPD following prudent, courteous approach to matter unlike applicant — In present circumstances, post-hearing submissions unsolicited, sent after deadline, RPD's unsuccessful attempt to contact applicant's counsel — Nothing suggesting that RPD acting unreasonably or unfairly; pure chance that materials received before decision rendered — Applicant cannot claim unfairly treated when failing to act fairly himself — Setting deadline for submissions herein not depriving applicant of full opportunity to present case — RPD diligent in processing applicant's case, following up with counsel when no submissions made — Where reasonable deadline set for post-hearing submissions, applicant cannot disregard deadline for no apparent reason — On facts of case herein, applicant not denied full, fair opportunity to make case — However, plausibility finding unreasonable — RPD should have explored issue*

*Citoyenneté et Immigration — Pratique en matière d'immigration — Audiences sur le statut de réfugié au sens de la Convention — Éléments de preuve et observations à la suite de l'audience — Contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié par laquelle elle refusait la demande de protection du demandeur en qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger aux termes des art. 96 et 97 de la Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés — Le demandeur, citoyen de l'Iran, a une fille et un fils qui vivent au Canada et dont la demande d'asile a été accueillie — Son troisième enfant, un fils, vit en Iran — À l'audience sur le statut de réfugié du demandeur, un délai de 30 jours a été fixé pour la présentation d'observations, de concert avec l'avocate du demandeur — Ni le demandeur, ni son avocate, n'ont présenté d'observations dans les délais fixés — Un agent de la SPR a communiqué avec l'avocate du demandeur pour lui rappeler les délais convenus — L'avocate a télécopié les observations supplémentaires du demandeur, deux jours après l'échéance fixée — La SPR a rejeté la demande du demandeur pour des motifs de crédibilité; elle a conclu qu'il était peu probable que le demandeur soit retourné en Iran uniquement pour être avec son fils adulte — Il s'agissait de savoir si la SPR a porté atteinte au droit du demandeur à l'équité procédurale en rendant sa décision sans tenir compte des observations postérieures à l'audience, et si la décision de la SPR au sujet de la crédibilité était raisonnable — La SPR a fait preuve de prudence et de courtoisie en l'espèce, contrairement au demandeur — Dans les circonstances, les observations envoyées après l'audience étaient non sollicitées et envoyées après l'échéance et une vaine tentative de la SPR pour joindre l'avocate du demandeur — La preuve ne permettait pas de dire que la SPR a agi de manière déraisonnable ou inéquitable au cours de ce processus; c'est par pur hasard que les documents ont été reçus avant que la décision*

*further; not apply Canadian norms, cultural assumptions when making assessment — Application allowed.*

*Citizenship and Immigration — Status in Canada — Convention Refugees and Persons in Need of Protection — Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division (RPD) refusing applicant's claim for protection as Convention refugee or person in need of protection mainly on grounds of credibility — In particular, RPD concluding improbable that applicant would return to Iran merely to be with adult son — This finding significant part of overall credibility finding — RPD should have explored issue further; not apply Canadian norms, cultural assumptions when making assessment — No indication RPD addressing cultural element in reasonable way — Implausibility finding thus unreasonable.*

This was an application for judicial review of a decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board refusing the applicant's claim for protection as a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. The applicant, Iranian, has a daughter and son living in Canada both of whom succeeded in their refugee claims. His third child remains in Iran. The applicant was apparently arrested and detained for many years in Iran because of an alleged cooperation with the Shah's government; he was allegedly made to sign over his property to the state. The applicant travelled to Canada on a visitor's visa and eventually claimed refugee status. At the applicant's refugee hearing, the RPD and the applicant's counsel set a 30-day deadline for submissions. When the deadline arrived, neither the applicant nor his counsel had made submissions. At some point, an RPD case officer contacted the applicant's counsel reminding her that submissions had not yet been made. On a

*ne soit rendue — Le demandeur ne peut pas affirmer qu'il a été traité injustement, alors qu'il n'a pas agi lui-même de manière équitable — La fixation d'une date limite pour la transmission d'observations en l'espèce n'a pas privé le demandeur de la possibilité de présenter son point de vue complètement — La SPR a fait preuve de diligence dans le traitement de la cause du demandeur et a fait un suivi auprès de l'avocate lorsqu'il lui a semblé qu'aucune observation ne serait reçue — Lorsqu'un délai raisonnable est fixé pour la présentation d'observations après l'audience, les demandeurs ne peuvent ignorer le délai sans raison apparente — Eu égard aux faits mis en preuve en l'espèce, le demandeur ne s'est pas vu refuser la possibilité de faire valoir son point de vue complètement et équitablement — Toutefois, une conclusion déraisonnable a été tirée au sujet de la vraisemblance — La SPR aurait dû explorer la question plus à fond et ne pas appliquer les normes et hypothèses canadiennes, dans le cadre de son appréciation — Demande accueillie.*

*Citoyenneté et Immigration — Statut au Canada — Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger — La Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé la demande de protection du demandeur en qualité de réfugié au sens de la Convention ou de personne à protéger, essentiellement pour des motifs de crédibilité — Plus particulièrement, la SPR a conclu qu'il était improbable que le demandeur retourne en Iran simplement pour être avec son fils adulte — Cette conclusion constitue une partie importante de la conclusion générale relative à la crédibilité — La SPR aurait dû explorer la question plus à fond et ne pas appliquer les normes et hypothèses canadiennes dans le cadre de son appréciation — Aucun élément du dossier n'indiquait que la SPR a examiné cette question culturelle de manière raisonnable — La conclusion d'invraisemblance était donc déraisonnable.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire à l'égard de la décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé la demande de protection du demandeur en qualité de réfugié au sens de la Convention aux termes de l'article 96, ou de personne à protéger, aux termes de l'article 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Le demandeur, citoyen de l'Iran, a une fille et un fils qui vivent au Canada et dont la demande d'asile a été accueillie. Son troisième enfant habite toujours en Iran. Le demandeur aurait été arrêté et détenu pendant plusieurs années en Iran au motif d'une collaboration présumée avec le gouvernement du Shah; il aurait subi des pressions qui l'ont fait transférer des biens au régime. Le demandeur est venu au Canada, muni d'un visa de séjour, et il a ensuite demandé l'asile ici. À l'audience sur la revendication du statut de réfugié du demandeur, la SPR et l'avocate du demandeur ont fixé un délai de 30 jours pour la présentation des observations. À l'échéance, ni le demandeur,

Friday evening, two days after the deadline, counsel faxed the applicant's additional submissions to the RPD. The RPD made its decision the following Tuesday. It rejected the applicant's claim, finding that the applicant's evidence as a whole was not credible and that he did not have a well-founded fear of persecution. It drew, in particular, a negative inference concluding that it would be improbable that the applicant would return to Iran just to be with his adult son.

The issues were whether the RPD breached the applicant's right to procedural fairness by making its decision without considering post-hearing submissions and whether the RPD's credibility determination was reasonable.

*Held*, the application should be allowed.

While a deadline was set for post-hearing documentation and submissions, the applicant failed to meet this deadline and did not contact the RPD to explain. There was still no explanation as to why the deadline had not been met. The RPD followed a prudent and courteous approach to this matter and the applicant did not. It gave the applicant additional post-hearing time to file documentation and submissions and, when they were not received by the given deadline, called the applicant's counsel to find out what the problem was and, receiving no response, proceeded with the decision. The post-hearing submissions were, in effect, unsolicited and sent after the deadline and an unsuccessful attempt by the RPD to contact applicant's counsel. The late submissions were not marked urgent and there was no covering letter explaining that they should be put before the RPD member immediately. There was no evidence of any follow-up by applicant's counsel. There was nothing to suggest that the RPD acted unreasonably or unfairly in this process and it was by pure chance that the materials were received before the decision was rendered. It had to be determined whether this pure chance should allow the applicant to claim procedural unfairness. The applicant did not do the fair or prudent thing and then claimed that he had been treated unfairly. Setting a deadline for submissions in this case did not deprive the applicant of a full opportunity to present his case. The RPD was diligent in processing his case and followed up with counsel when it appeared as though no submissions were going to be made. Though strong procedural protections are required in refugee cases, this does not mean that the RPD must accommodate unilateral decisions made by applicants to disregard the rules and deadlines. An applicant has the right to make submissions until a decision is made, but where a reasonable deadline is set for post-hearing submissions, an applicant

ni son avocate n'avaient présenté d'observations. À un certain moment, un agent de la SPR a téléphoné à l'avocate du demandeur pour lui rappeler qu'elle n'avait pas encore déposé ses observations. Un vendredi soir, deux jours après la date limite, l'avocate a fait parvenir les observations supplémentaires du demandeur par télécopieur à la SPR. La SPR a rendu sa décision le mardi suivant. Elle a rejeté la demande du demandeur, jugeant que, dans l'ensemble, la preuve du demandeur n'était pas crédible, et qu'il ne craignait pas avec raison d'être persécuté. Plus particulièrement, elle a tiré une conclusion défavorable, selon laquelle il était peu probable que le demandeur soit retourné en Iran simplement pour être avec son fils adulte.

Il s'agissait de savoir si la SPR a porté atteinte au droit du demandeur à l'équité procédurale en rendant sa décision sans tenir compte des observations postérieures à l'audience, et si la décision de la SPR au sujet de la crédibilité était raisonnable.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

Bien qu'une date limite ait été fixée pour la présentation de documents et d'observations après l'audience, le demandeur n'a pas respecté cette échéance et n'a pas communiqué avec la SPR pour s'expliquer. Aucune explication n'a encore été donnée au sujet des raisons pour lesquelles la date limite n'a pas été respectée. La SPR a fait preuve de prudence et de courtoisie en l'espèce, contrairement au demandeur. La SPR a accordé un délai supplémentaire au demandeur après l'audience pour lui permettre de déposer des documents et des observations et, par la suite, lorsqu'elle a constaté que la documentation n'avait pas été reçue à la date limite, elle a téléphoné à l'avocate du demandeur pour savoir quel était le problème et, n'ayant reçu aucune réponse, elle a rendu sa décision. Les observations envoyées après l'audience étaient effectivement des observations non sollicitées et envoyées après l'échéance, et une vaine tentative de la SPR pour joindre l'avocate du demandeur. Les observations déposées tardivement ne portaient pas la mention « urgent » et il n'y avait aucune lettre d'envoi expliquant qu'elles devraient être remises immédiatement au membre de la SPR. Il n'y avait aucun élément de preuve montrant que l'avocate du demandeur aurait fait un suivi. De plus, la preuve ne permet pas de dire que la SPR a agi de manière déraisonnable ou inéquitable au cours de ce processus, et c'est par pur hasard que les documents ont été reçus avant que la décision ne soit rendue. Il s'agissait de savoir si ce hasard pur et simple devrait permettre au demandeur d'invoquer l'absence d'équité procédurale. Le demandeur n'a pas agi de manière prudente ou équitable, et a affirmé par la suite qu'il avait été traité injustement. La fixation d'une date limite pour la transmission d'observations en l'espèce n'a pas privé le demandeur de la possibilité de présenter son point de vue complètement. La SPR a fait preuve de diligence dans le traitement de la cause du demandeur et a fait un suivi auprès de

cannot disregard the deadline for no apparent reason and then make submissions at a time and in a way that suits his or her own convenience. There was nothing to prevent the applicant and his counsel in this case from contacting the RPD to explain the delay and to request a brief extension. On the facts of this case, the applicant was not denied a full and fair opportunity to make his case.

As to the RPD's implausibility finding, it was a significant part of the overall credibility determination and the RPD should have explored the issue further and provided more justification than it did for its conclusions on point. Its assessment had to be objective and reasonable but a decision to face danger to protect an isolated child is plausible depending upon the personality and beliefs of the person involved. There was no indication that the RPD addressed this cultural issue in a reasonable way. The conduct of an applicant cannot be reasonably assessed by applying Canadian norms and cultural assumptions to foreign cultures.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2.  
*Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27, ss. 3(2)(e), 72(1), 96, 97.  
*Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228, rr. 27, 29, 37, 44.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577.

##### DISTINGUISHED:

*Nagulesan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1382, 44 Imm. L.R. (3d) 99.

l'avocate lorsqu'il lui a semblé qu'aucune observation ne serait reçue. Même si de solides mesures de protection procédurale sont nécessaires dans les affaires touchant les réfugiés, cela ne signifie pas que la SPR doit accommoder les demandeurs lorsqu'ils décident unilatéralement de ne pas tenir compte des règles et des délais. Les demandeurs ont le droit de présenter des observations jusqu'à ce qu'une décision soit prise; cependant, lorsqu'un délai raisonnable est fixé pour la présentation d'observations après l'audience, les demandeurs ne peuvent ignorer le délai sans raison apparente et faire parvenir subséquemment des observations au moment et de la façon qui leur convient. Rien n'empêchait le demandeur et son avocate en l'espèce de communiquer avec la SPR pour expliquer le délai et pour demander une courte prorogation. Eu égard aux faits mis en preuve en l'espèce, le demandeur ne s'est pas vu refuser la possibilité de faire valoir son point de vue complètement et équitablement.

Quant à la conclusion d'invraisemblance qu'a tirée la SPR, elle constituait une partie importante de la conclusion générale relative à la crédibilité, et la SPR aurait dû explorer la question plus à fond et justifier davantage ses conclusions sur ce point. Son appréciation doit être objective et raisonnable, mais il apparaît plausible qu'une personne décide de s'exposer à un danger afin de protéger un enfant isolé, selon la personnalité et les convictions de la personne concernée. Aucun élément du dossier ne montre que la SPR a examiné cette question culturelle de manière raisonnable. Il n'est pas possible d'apprécier raisonnablement la conduite d'un demandeur en appliquant les normes et hypothèses culturelles canadiennes aux cultures étrangères.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2.  
*Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27, art. 3(2)e), 72(1), 96, 97.  
*Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228, règles 27, 29, 37, 44.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1.

##### DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Nagulesan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1382.



## CONSIDERED:

*Caceres v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 843; *Bouaouni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1211; *Brovina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 635, 254 F.T.R. 244; *Elmi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 773; *Hou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1586; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 304 D.L.R. (4th) 1, 82 Admin. L.R. (4th) 1; *Samani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8301 (F.C.T.D.); *Avci v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 359, 35 Imm. L.R. (3d) 19, 313 N.R. 307, revg 2002 FCT 1274, 226 F.T.R. 238; *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, (1999), 174 D.L.R. (4th) 193, 14 Admin. L.R. (3d) 173; *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 113, 27 Admin. L.R. (4th) 315, 39 C.C.E.L. (3d) 229; *Uniboard Surfaces Inc. v. Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG*, 2006 FCA 398, [2007] 4 F.C.R. 101, 61 Admin. L.R. (4th) 47, 59 N.R. 84.

## REFERRED TO:

*Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.); *Vairavanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 43 Admin. L.R. (2d) 121, 34 Imm. L.R. (2d) 307 (F.C.T.D.); *Ahmad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 5958 (F.C.T.D.); *Arulanandam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 5353 (F.C.T.D.); *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135, 172 N.R. 308 (F.C.A.); *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, (1985), 24 D.L.R. (4th) 44, [1986] 1 W.W.R. 577; *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561, (1979), 96 D.L.R. (3d) 14, [1979] 3 W.W.R. 676; *Valtchev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 776, 208 F.T.R. 267; *Dong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 314; *Yin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 544.

APPLICATION for judicial review of an Immigration and Refugee Board, Refugee Protection Division decision refusing the applicant's claim for protection as a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under section 97 of the *Immigration and Refugee Protection Act*. Application allowed.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Caceres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 843; *Bouaouni c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1211; *Brovina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 635; *Elmi c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2008 CF 773; *Hou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1586; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339; *Samani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8301 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Avci c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* 2003 CAF 359, infirmant 2002 CFPI 1274; *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113; *Uniboard Surfaces Inc. c. Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG*, 2006 CAF 398, [2007] 4 R.C.F. 101.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL); *Vairavanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1025 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ahmad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1997 CanLII 5958 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Arulanandam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 988 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 949 (C.A.) (QL); *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561; *Valtchev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2001 CFPI 776; *Dong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 314; *Yin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 544.

DEMANDE de contrôle judiciaire d'une décision de la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié refusant la demande de protection du demandeur en qualité de réfugié au sens de la Convention aux termes de l'article 96, ou de personne à protéger, aux termes de l'article 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*. Demande accueillie.

## APPEARANCES

*Michael Crane* for applicant.  
*Tamrat Gebeyehu* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Michael Crane*, Toronto, for applicant.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondent.

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

RUSSELL J.:

## INTRODUCTION

[1] This is an application pursuant to subsection 72(1) of the *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (Act) for judicial review of the decision of the Refugee Protection Division (RPD) of the Immigration and Refugee Board, dated 8 March 2011 (decision), which refused the applicant's claim for protection as a Convention refugee under section 96 or a person in need of protection under section 97 of the Act.

## BACKGROUND

[2] The applicant is a 60-year-old citizen of Iran who claims to be an Orthodox Christian. He has a daughter and son living in Canada who have both made successful refugee claims. The applicant's third child, a son, remains in Iran.

[3] The applicant claims that, through a construction company—Navid Construction—he had business dealings with the Shah of Iran's nephew. After the Iranian Revolution in 1979, he was pressured by agents of the new regime to sell the shares he owned in Navid Construction to the state. He says he was arrested in 1988 and detained until 2001.

## ONT COMPARU

*Michael Crane* pour le demandeur.  
*Tamrat Gebeyehu* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Michael Crane*, Toronto, 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*

LE JUGE RUSSELL :

## INTRODUCTION

[1] Il s'agit d'une demande de contrôle judiciaire fondée sur le paragraphe 72(1) de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (Loi), à l'égard de la décision datée du 8 mars 2011 par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé la demande de protection du demandeur en qualité de réfugié au sens de la Convention aux termes de l'article 96 ou de personne à protéger aux termes de l'article 97 de la Loi.

## LES FAITS À L'ORIGINE DU LITIGE

[2] Le demandeur est un citoyen de l'Iran âgé de 60 ans qui soutient être un chrétien orthodoxe. Il a une fille et un fils qui vivent au Canada et dont la demande d'asile a été accueillie. Le troisième enfant du demandeur, un fils, habite toujours en Iran.

[3] Le demandeur soutient qu'il a eu des relations d'affaires avec le neveu du shah d'Iran par l'entremise d'une entreprise de construction du nom de Navid Construction. Après la révolution iranienne de 1979, des représentants du nouveau régime ont exercé des pressions sur lui pour qu'il vende à l'État les actions qu'il détenait dans Navid Construction. Il affirme qu'il a été arrêté en 1988 et détenu jusqu'en 2001.

[4] While he was in prison the applicant says that he signed over some property to the regime. Having done so, he was permitted to leave prison for two to four months each year until 2001. In July 2001, he says he was released, though he was found guilty of cooperating with the Shah's government and was required to post bail. After his release, he says he was forced to sign over his interests in Navid Construction and was compelled to report to the authorities whenever required.

[5] In July 2004, the applicant applied for and received a visa issued by Sweden for the Schengen States. He says that he left Iran illegally at this time and travelled to Turkey. In Turkey, he obtained a visa to travel to Israel, where he went to have surgery to treat injuries he suffered when he was tortured. On 2 September 2004, he returned to Iran; he says he had to hide his trip to Israel from the Iranian authorities because Iranian nationals are not permitted by their government to travel to Israel.

[6] The applicant says that in October or November 2004 he was re-arrested and detained in prison until 2006. During this time, the authorities accused him of travelling to Israel, but he denied doing so. He says he was pressured to give his remaining property to the regime and was tortured. His properties were confiscated and, in 2006, he was released after posting a bond.

[7] In 2007, the applicant's son in Canada sent him a letter inviting him to come here. The applicant applied for a visitor's visa, which was granted on 4 July 2007. On 18 October 2007, the Netherlands also issued him a visa for travel there. He did not travel to Canada until 23 October 2007 and did not claim refugee status in Canada until 13 February 2008. On that day, he was interviewed by Citizenship and Immigration Canada (CIC). The notes of that interview form part of the certified tribunal record (CTR). He filed his first PIF [Personal Information Form] on 21 February 2008 (original PIF) and an amended PIF on 7 June 2010 (amended PIF).

[4] Le demandeur explique que pendant son séjour en prison, il a transféré des biens au régime. C'est la raison pour laquelle il a été autorisé à quitter la prison pour une période de deux à quatre mois chaque année jusqu'en 2001. En juillet 2001, il a été remis en liberté, mais il a été déclaré coupable d'avoir collaboré avec le gouvernement du shah et il a été tenu de déposer un cautionnement. Après sa remise en liberté, il a dû céder les participations qu'il détenait dans Navid Construction et a été contraint de se présenter aux autorités chaque fois qu'on le lui demandait.

[5] En juillet 2004, le demandeur a sollicité et obtenu de la Suède un visa valable pour les États Schengen. Il explique qu'il a alors quitté l'Iran illégalement et est allé en Turquie, où il a obtenu un visa l'autorisant à aller en Israël; il s'est ensuite rendu en Israël pour subir une intervention visant à traiter les blessures qui lui avaient été infligées sous la torture. Le 2 septembre 2004, il est retourné en Iran; il soutient qu'il a dû dissimuler aux autorités iraniennes le voyage qu'il avait fait en Israël, parce que les ressortissants iraniens ne sont pas autorisés par leur gouvernement à se rendre dans ce pays.

[6] Le demandeur ajoute qu'en octobre ou novembre 2004, il a à nouveau été arrêté et emprisonné jusqu'en 2006. Pendant cette période, les autorités l'ont accusé de s'être rendu en Israël, ce qu'il a nié. Il soutient que des pressions ont été exercées sur lui pour qu'il donne les biens qui lui restaient au régime et qu'il a été torturé. Ses biens ont été confisqués et, en 2006, il a été remis en liberté après avoir déposé un cautionnement.

[7] En 2007, le demandeur a reçu de son fils qui vivait au Canada une lettre l'invitant à venir ici. Le demandeur a demandé un visa de séjour, qu'il a obtenu le 4 juillet 2007. Le 18 octobre 2007, les Pays-Bas lui ont également accordé un visa l'autorisant à se rendre là-bas. Le demandeur n'est venu au Canada que le 23 octobre 2007 et ce n'est que le 13 février 2008 qu'il a demandé l'asile ici. Ce jour-là, il a été interrogé par Citoyenneté et Immigration Canada (CIC). Les notes de cette entrevue font partie du dossier certifié du tribunal (DCT). Le demandeur a déposé son premier FRP [Formulaire de renseignements personnels] le 21 février 2008 (FRP original) et un FRP modifié le 7 juin 2010 (FRP modifié).

[8] The RPD heard the applicant's claim for protection on 2 February 2011. At the hearing, the applicant, his counsel, the RPD member, and an interpreter were present. At the conclusion of the hearing, the RPD asked counsel how much time she required for submissions. She told the RPD that getting a letter from Israel would take up to three weeks, but translating it could take time. The RPD therefore set a deadline of 2 March 2011 for submissions.

[9] As of 2 March 2011, neither the applicant nor his counsel had made submissions. The record does not disclose the actual date or time, but some time between 2 March 2011 and 4 March 2011, a case officer at the RPD called applicant's counsel to remind her that submissions had not yet been made. At 7 p.m. on Friday, 4 March 2011, counsel faxed the applicant's additional submissions to the RPD. These submissions included:

- a. Additional written arguments;
- b. A report from Dr. A. Q. Rana—a neurologist at the Parkinson Clinic of East Toronto;
- c. A letter from Dr. A. Kachooie, a Physical Medicine and Rehabilitation Consultant at Multidisciplinary Progressive Disability Management at a clinic in Scarborough, Ontario;
- d. An excerpt from an article on foreign relations of Israel, printed from the Web site wikipedia.org;
- e. A printout of a photograph of the last page of an Iranian passport printed from the Web site lanseybrothers.blogspot.com which says "The holder of this passport is not entitled to travel to occupied Palestine."

[10] The RPD made its decision on 8 March 2011 and concluded that the applicant was neither a Convention refugee under section 96 nor a person in need of protection

[8] La SPR a entendu la demande de protection du demandeur le 2 février 2011. Au cours de cette audience, le demandeur, son avocate, le membre de la SPR et un interprète étaient présents. À la fin de l'audience, la SPR a demandé à l'avocate combien de temps elle avait besoin pour présenter des observations. L'avocate a répondu qu'il faudrait attendre un maximum de trois semaines pour obtenir une lettre d'Israël, mais que la traduction de cette lettre pourrait demander beaucoup de temps. La SPR a donc fixé au 2 mars 2011 la date limite pour la présentation des observations.

[9] Le 2 mars 2011, ni le demandeur non plus que son avocate n'avaient présenté d'observations. Entre le 2 mars et le 4 mars 2011 (la date et l'heure exactes ne figurent pas dans le dossier), un agent de la SPR a téléphoné à l'avocate du demandeur pour lui rappeler qu'elle n'avait pas encore déposé ses observations. Le vendredi 4 mars 2011, à 19 h, l'avocate a fait parvenir les observations supplémentaires du demandeur par télécopieur à la SPR. Ces documents comprenaient :

- a. des arguments écrits additionnels;
- b. un rapport du D<sup>r</sup> A.Q. Rana, neurologue à la Parkinson Clinic of East Toronto;
- c. une lettre du D<sup>r</sup> A. Kachooie, consultant en physiothérapie et en réadaptation pour les services de gestion multidisciplinaire des déficiences progressives à une clinique de Scarborough, en Ontario;
- d. un extrait d'un article sur les relations extérieures d'Israël, imprimé depuis le site Web wikipedia.org;
- e. une copie papier d'une photographie de la dernière page d'un passeport iranien imprimé à partir du site Web lanseybrothers.blogspot.com, où figure la mention suivante : [TRADUCTION] « Il est interdit au titulaire du présent passeport de voyager en territoire palestinien occupé. »

[10] La SPR a rendu sa décision le 8 mars 2011 et a conclu que le demandeur n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention aux termes de l'article 96 ni de

under section 97 of the Act. The RPD gave the applicant notice of its decision on 25 March 2011.

personne à protéger aux termes de l'article 97 de la Loi. La SPR a donné au demandeur un avis de sa décision le 25 mars 2011.

## DECISION UNDER REVIEW

## LA DÉCISION CONTESTÉE

### Allegations

### Allégations

[11] The RPD first reviewed the bases for the applicant's claim for protection. It noted that he said he had been imprisoned, tortured, and made to sign over his property to the state. The RPD noted his trip to Israel in 2004, and his departure from Iran to come to Canada. It also noted that he claimed to be an Orthodox Christian.

[11] La SPR a d'abord passé en revue les raisons que le demandeur a invoquées au soutien de sa demande de protection. Elle a souligné que le demandeur a déclaré avoir été emprisonné, torturé et contraint de céder ses biens à l'État. Elle a pris note du fait que le demandeur s'était rendu en Israël en 2004, qu'il avait quitté l'Iran pour venir au Canada et qu'il soutenait être un chrétien orthodoxe.

### Identity

### Identité

[12] The RPD found that the applicant had established his identity by his Iranian passport, which also contained a Canadian visitor's visa.

[12] La SPR a conclu que le demandeur avait établi son identité au moyen de son passeport iranien, lequel comportait également un visa canadien de visiteur.

### Credibility

### Crédibilité

[13] Based on a number of inconsistencies in his evidence, the RPD found that the applicant's story was not credible. It found that, although he claimed a long history of detention and abuse at the hands of the Iranian regime, he was unable to provide documentary evidence to support his claim. He had testified that all of his documents had been seized in a raid on his home. He had also testified at the hearing that his property was seized, but could not provide evidence of the seizure. The applicant was also unable to produce any documents related to the legal proceedings he said had been taken against him, though he said he could request a letter from his lawyer confirming his story. This letter was not provided to the RPD.

[13] La SPR a conclu que la version du demandeur n'était pas crédible, en raison d'un certain nombre d'incohérences que comportait son témoignage. Elle a constaté que, même si le demandeur a soutenu qu'il avait longuement été détenu et maltraité par les autorités du régime iranien, il n'a pu fournir aucun document appuyant sa demande d'asile. Il a déclaré à l'audience que tous ses documents avaient été saisis lors d'une descente à son domicile. Il a également affirmé à l'audience que ses biens avaient été saisis, mais il n'a pu fournir aucun élément de preuve à cet égard. De plus, le demandeur a été incapable de produire le moindre document lié aux poursuites judiciaires qui avaient apparemment été engagées contre lui, même s'il a dit qu'il pouvait demander à son avocate une lettre confirmant sa version. Cette lettre n'a pas été remise à la SPR.

[14] With respect to the applicant's allegations of torture, the RPD found that he had not produced a medical report from either Canada or Iran documenting the effects of the torture. The RPD also noted that it had given counsel four weeks to submit documents and had not received any documents or a request for an extension of time before the deadline of 2 March 2011 set at the hearing. The RPD determined the claim on the basis of the evidence available. It found that the applicant could not provide documentary evidence to support any of the events which he said happened to him in Iran. The RPD expected there to be some corroboration of his story, though it may not have been reasonable to expect everything it had asked for.

[15] Because there was no corroborating evidence, the RPD said it was open to it to find that none of the alleged torture and detention had happened to the applicant. However, it also said that it was "not morally certain that such is the case, and [did] not wish to offend and disrespect the claimant by making a finding that may not be the right one". The RPD did not find that the applicant had not been detained or tortured; it simply noted that "the claimant was unable to buttress his claim by provision of helpful and illustrative corroborative documentation".

[16] The RPD, however, made several other credibility findings. First, it found the applicant's claim that he was arrested two months after travelling to Israel in 2004 was not credible. He had testified that his visa for entry and exit to Israel was provided on a separate piece of paper from his passport to avoid alerting the Iranian authorities to the trip. At the hearing, the RPD had asked the applicant how the Iranian authorities knew he had travelled to Israel, to which he answered "they have a strong intelligence system and they are capable of anything and everything". The RPD found this explanation unsatisfactory and found that, if the Iranian authorities knew he had travelled to Israel, they would have arrested the applicant immediately on his return, not two months later. However, the RPD then said that this conclusion was somewhat speculative and placed little weight on it.

[14] En ce qui a trait aux allégations de torture du demandeur, la SPR a conclu que celui-ci n'avait produit aucun rapport médical du Canada ou de l'Iran étayant les effets de la torture. Elle a ajouté qu'elle avait accordé à l'avocate un délai de quatre semaines pour le dépôt de documents et qu'elle n'avait reçu aucun document ou demande de prorogation de délai avant la date limite du 2 mars 2011 fixée à l'audience. La SPR a tranché la demande en se fondant sur la preuve disponible. Elle a conclu que le demandeur n'avait pu fournir de documents appuyant les événements qui lui seraient arrivés en Iran. La SPR s'attendait à ce que la version du demandeur soit corroborée jusqu'à un certain point, mais il n'aurait peut-être pas été raisonnable de s'attendre à recevoir tous les documents qu'elle avait demandés.

[15] En raison de l'absence d'éléments de preuve corroborants, la SPR a affirmé qu'il était loisible de sa part de conclure que le demandeur n'avait pas été torturé ou détenu, contrairement à ce qu'il avait soutenu. Cependant, le tribunal a ajouté qu'il n'était pas « tout à fait certain que tel est le cas, et il ne veut pas vexer le demandeur d'asile ou lui manquer de respect en tirant une conclusion qui pourrait ne pas être la bonne ». La SPR n'a pas conclu que le demandeur n'avait pas été détenu ou torturé; elle a simplement souligné que « le demandeur d'asile n'a pas été en mesure d'étayer sa demande d'asile au moyen d'une documentation corroborante utile et pouvant servir d'explication ».

[16] Cependant, la SPR a tiré plusieurs autres conclusions au sujet de la crédibilité. D'abord, elle a conclu que l'allégation du demandeur selon laquelle il avait été arrêté deux mois après être allé en Israël en 2004 n'était pas crédible. Selon le demandeur, le visa et le timbre d'entrée et de sortie d'Israël avaient été apposés sur un document distinct, afin de ne pas éveiller les soupçons des autorités iraniennes au sujet du voyage. Voici ce que le demandeur a répondu lorsque la SPR lui a demandé à l'audience comment les autorités iraniennes avaient appris qu'il était allé en Israël : [TRADUCTION] « elles possèdent un système d'information très sophistiqué et sont capables de tout ». La SPR a jugé que cette explication était insatisfaisante et conclu que, si les autorités iraniennes avaient su que le demandeur s'était rendu en Israël, elles l'auraient arrêté dès son retour et non deux

[17] The RPD also found that the applicant's claim that he feared the Iranian regime was not credible because he had returned to Iran in 2004 after his trip to Israel. At that time, the applicant had a Schengen visa, which would have allowed him to travel to any of the European Union countries. Rather than fleeing to Europe when he had a chance, the applicant returned to Iran. The RPD noted that the applicant had said at the hearing that he intended to leave Iran permanently before he went to Israel in 2004.

[18] The applicant explained at the hearing that he had returned to Iran in 2004 to be with his son who, at that time, was single and in his early twenties. The RPD acknowledged that there may be cultural differences between Canadian and Iranian families, but found that it was not plausible that the applicant would pass up the opportunity to escape a country where he had been mistreated for over 25 years just to be with his adult son. Had he truly feared the Iranian authorities, the applicant would not have returned there from Israel. From this reavilment, the RPD drew a negative inference as to the applicant's credibility.

[19] The RPD drew a further negative inference as to the applicant's credibility from his delay in leaving Iran once he was granted a visitor's visa to Canada in 2007. This visa was issued in July 2007, but the applicant waited until October 2007, nearly three months later, to leave Iran. The RPD rejected the applicant's explanation that it had taken three months to bribe an airport official to allow him to leave the country. The RPD noted that the applicant had written in his amended PIF that he had been smuggled to Turkey in 2004, and found that there was no evidence that he had investigated the same travel route in 2007. The RPD drew a negative inference on credibility from the delay, though it said that this was less significant than the inference it drew from the 2004

mois plus tard. Cependant, la SPR a précisé que cette conclusion n'était qu'une hypothèse et qu'elle n'accordait que peu de valeur à cet aspect de l'analyse.

[17] La SPR a également conclu que l'allégation du demandeur selon laquelle il redoutait le régime iranien n'était pas crédible, parce que le demandeur était retourné en Iran en 2004, après son voyage en Israël. À cette époque, le demandeur détenait un visa pour les États Schengen, ce qui lui aurait permis de se rendre dans l'un ou l'autre des pays de l'Union européenne. Plutôt que de s'enfuir en Europe lorsqu'il avait la chance de le faire, le demandeur est retourné en Iran. La SPR a souligné que le demandeur avait affirmé à l'audience qu'il avait l'intention de quitter l'Iran en permanence avant d'aller en Israël en 2004.

[18] Le demandeur a expliqué à l'audience qu'il était retourné en Iran en 2004 afin de rester avec son fils qui, à l'époque, était célibataire et était âgé d'à peine un peu plus de 20 ans. La SPR a reconnu qu'il pouvait y avoir des différences culturelles entre les familles canadiennes et iraniennes, mais elle a conclu qu'il était invraisemblable que le demandeur laisse passer l'occasion de fuir un pays où il avait été maltraité pendant plus de 25 ans dans l'unique but d'être avec son fils adulte. S'il avait vraiment eu peur des autorités iraniennes, le demandeur ne serait pas retourné en Iran lorsqu'il est parti d'Israël. Le demandeur s'étant à nouveau réclamé de la protection de l'État, la SPR a tiré une conclusion défavorable quant à sa crédibilité.

[19] La SPR a tiré une autre conclusion défavorable quant à la crédibilité du demandeur du fait que celui-ci a tardé à quitter l'Iran après avoir obtenu un visa canadien de visiteur en 2007. Ce visa a été délivré en juillet 2007, mais le demandeur a attendu jusqu'en octobre 2007, près de trois mois plus tard, pour quitter l'Iran. La SPR a rejeté l'explication du demandeur, qui a prétendu qu'il avait dû soudoyer les autorités de l'aéroport pour qu'elles lui permettent de quitter le pays, ce qui avait pris trois mois. La SPR a souligné que le demandeur avait mentionné sur son FRP modifié que des passeurs avaient réussi à le faire entrer en Turquie en 2004 et a conclu qu'aucun élément de preuve n'établissait qu'il avait envisagé le même itinéraire en 2007. La SPR a tiré

re-availment because the delay was “not discussed in great depth at the hearing”.

[20] The RPD also drew a negative inference as to the applicant’s credibility from his delay in claiming protection once he reached Canada. The applicant arrived in Canada on 23 October 2007 and claimed protection on 13 February 2008, a delay of nearly three and a half months. The applicant testified that he wanted to be sponsored by his children, but it did not work out. He said he had thought about making a refugee claim while waiting for the sponsorship application but, the RPD noted, he had not actually done so. The RPD rejected the applicants’ explanation for this delay, saying that claimants are expected to make their claims on arrival or soon after they arrive in Canada. The RPD said the applicant’s first thought was to be sponsored, not to make a refugee claim, which was inconsistent with a fear of return to Iran. This gave rise to a negative inference.

[21] The RPD drew a further negative inference as to the applicant’s credibility from inconsistencies between the original PIF, the notes of the interview conducted by CIC when the applicant made his claim on 13 February 2010 (interview notes), and the amended PIF. In the amended PIF, the applicant relates his story of travel to Israel for medical treatment and his arrest two months after he returned to Iran. This story does not appear in either the interview notes or the original PIF. When confronted at the hearing with this omission, the applicant said that he did not put it in the original PIF because he was afraid that agents of the Iranian authorities would find out that he had travelled to Israel. Only when he found out that PIFs are confidential did he include this information in his narrative.

[22] The RPD rejected the applicant’s explanation for the omission. It noted that, though he said he was afraid the Iranian authorities would find out he had travelled

une conclusion défavorable quant à la crédibilité en raison du départ tardif, bien qu’elle ait souligné que cette conclusion était moins importante que celle qu’elle avait tirée au sujet du retour en 2004, parce que cette question n’avait pas « été abordée en détail lors de l’audience ».

[20] La SPR a aussi tiré une conclusion défavorable quant à la crédibilité du demandeur en raison du fait que celui-ci a tardé à demander la protection après son arrivée au Canada. Le demandeur est arrivé au Canada le 23 octobre 2007 et a demandé la protection le 13 février 2008, ce qui représente un délai de près de trois mois et demi. Le demandeur a expliqué à l’audience qu’il voulait être parrainé par ses enfants, mais que cela n’avait pas fonctionné. Il a dit qu’il avait pensé à demander l’asile en attendant l’évolution de la demande de parrainage, mais qu’il ne l’avait pas fait, comme la SPR l’a souligné. La SPR a rejeté l’explication que le demandeur a donnée au sujet de ce délai, affirmant que les demandeurs doivent présenter leurs demandes d’asile à leur arrivée ou peu après leur arrivée au Canada. La SPR a ajouté que la première intention du demandeur était de faire parrainer et non de demander l’asile, ce qui était incompatible avec la crainte de retourner en Iran. Cette incohérence a donné lieu à une conclusion défavorable.

[21] La SPR a tiré une autre conclusion défavorable quant à la crédibilité du demandeur en raison des incohérences entre le FRP original, les notes de l’entrevue que CIC a menée lorsque le demandeur a présenté sa demande le 13 février 2010 (notes de l’entrevue) et le FRP modifié. Dans ce dernier document, le demandeur affirme qu’il s’est rendu en Israël pour recevoir des soins médicaux et qu’il a été arrêté deux mois après son retour en Iran. Ces événements ne sont mentionnés ni dans les notes de l’entrevue ni sur le FRP original. Lorsqu’il a été confronté à cette omission à l’audience, le demandeur a expliqué qu’il n’a pas mentionné ces faits sur le FRP original parce qu’il craignait que les représentants des autorités iraniennes découvrent qu’il était allé en Israël. Ce n’est que lorsqu’il a constaté que les FRP étaient des documents confidentiels qu’il a inclus ces renseignements dans son exposé narratif.

[22] La SPR a rejeté l’explication que le demandeur a donnée au sujet de l’omission. Elle a souligné que, même si le demandeur a dit qu’il avait peur que les



to Israel from his PIF, he had already been arrested and accused of doing that very thing in 2004. The RPD found that there was no real danger in providing the information because the Iranian authorities already knew about the trip and drew a negative inference as to the applicant's credibility from its finding that he had embellished his evidence.

[23] The RPD found there were other inconsistencies in the applicant's evidence. In form IMM-5474, completed when he initially made his claim for protection, the applicant wrote that he "was hidden for 24 years". At the hearing, he said that he had always lived at the same house in Iran. He said that what he meant by the statement that he was hidden for 24 years was that he was living a "half-life" because the authorities had a lien on his house. The RPD said the statement that he was hiding for 24 years was untrue or a gross generalization, from which it drew a negative inference as to credibility.

[24] In addition, the RPD noted that the interview notes show that he said he had been unemployed since 1996. However, in his amended PIF, he wrote that he owned a construction company from 1975 to 2005. When asked to explain this discrepancy, the applicant said that he did not work with the government, did referral work, and did not have a steady flow of work. The RPD found that this did not explain the inconsistency and drew a further negative inference as to his credibility.

[25] The RPD also drew a negative inference as to credibility from inconsistencies in the dates of the applicant's incarceration disclosed by his original and amended PIFs. The applicant said that his daughter helped him fill out the original PIF and that she was not aware of the exact years. The RPD did not accept this explanation; it said that the applicant had allowed false information into his PIF, while at the same time he feared for his life in Iran. This supported a negative inference as to his credibility.

autorités iraniennes apprennent en lisant son FRP qu'il était allé en Israël, il avait déjà été arrêté et accusé de ce fait en 2004. La SPR a jugé qu'il n'y avait aucun danger réel de révéler les renseignements en question, parce que les autorités iraniennes étaient déjà au courant du voyage, et elle a tiré une conclusion défavorable quant à la crédibilité du demandeur, estimant que celui-ci avait enjolivé sa preuve.

[23] La SPR a relevé d'autres incohérences dans la preuve du demandeur. Sur le formulaire IMM-5474, qu'il a rempli lorsqu'il a d'abord présenté sa demande de protection, le demandeur a écrit qu'il « s'était caché en Iran pendant 24 ans ». À l'audience, le demandeur a affirmé qu'il avait toujours vécu dans la même maison en Iran. Il a précisé que, lorsqu'il a affirmé qu'il s'était caché pendant 24 ans, il voulait dire qu'il vivait « à moitié », parce que le régime détenait un privilège sur sa maison. La SPR a souligné que l'affirmation selon laquelle il s'était caché pendant 24 ans était fautive ou était une grossière exagération et a tiré de celle-ci une conclusion défavorable quant à la crédibilité.

[24] De plus, la SPR a souligné que, d'après les notes de l'entrevue, le demandeur a affirmé qu'il n'avait pas d'emploi depuis 1996. Cependant, sur son FRP modifié, le demandeur a écrit qu'il avait été propriétaire d'une entreprise de construction de 1975 à 2005. Lorsqu'il s'est fait demander d'expliquer cette divergence, le demandeur a dit qu'il ne transigeait pas avec le gouvernement, qu'il effectuait des travaux qui lui étaient confiés et qu'il manquait parfois de travail. La SPR a estimé que cette réponse n'expliquait pas l'incohérence et a tiré une autre conclusion défavorable quant à la crédibilité du demandeur.

[25] Les différences entre les dates d'incarcération du demandeur mentionnées sur le FRP original et sur le FRP modifié de celui-ci ont également incité la SPR à tirer une autre conclusion défavorable quant à la crédibilité. Le demandeur a expliqué que sa fille l'avait aidé à remplir son FRP original et qu'elle n'était pas au courant des années exactes. La SPR n'a pas accepté cette explication, précisant que le demandeur avait permis que de faux renseignements soient inscrits sur son FRP alors qu'il craignait pour sa vie en Iran. Cette incohérence

[26] Based on all the above inferences, the RPD found that the applicant's evidence as a whole was not credible.

#### Well-Founded Fear

[27] The RPD said that the applicant feared punishment for leaving Iran illegally and for not attending sessions of the Revolutionary Court he was required to. The applicant did not submit any evidence to show he was required to attend court. The RPD found that he had not mentioned before the hearing that he had to attend court. The RPD did not accept this testimony, said that it was an embellishment, and drew a further negative inference as to his credibility.

[28] The RPD found that the applicant would not be in danger for having left Iran illegally. He had added a new allegation at the hearing that he had to report to the prosecutor at the Revolutionary Court before leaving Iran, which the RPD found was an embellishment. He had also said that, though he bribed an official to allow him to leave Iran and that it would appear he had left legally, in Iran people paying bribes were punished, but people accepting bribes were not.

[29] The RPD also noted the applicant's allegation that he would not be able to practise Orthodox Christianity in Iran and would be persecuted for practising it. The applicant could not produce a document attesting to his alleged conversion from Islam in 1980 or a document confirming attendance at an Orthodox church in Iran. He said he could provide a letter confirming church attendance in Canada, but the RPD said that none had been provided before it made its decision. No such letter appears in the additional submissions made after the hearing.

justifiait une conclusion défavorable quant à la crédibilité du demandeur.

[26] En se fondant sur la totalité des conclusions susmentionnées, la SPR a jugé que, dans l'ensemble, la preuve du demandeur n'était pas crédible.

#### Crainte justifiée

[27] La SPR a mentionné que le demandeur craignait d'être puni parce qu'il avait quitté l'Iran illégalement et parce qu'il n'était pas présent lors de séances du tribunal révolutionnaire auxquelles il aurait dû assister. Le demandeur n'a présenté aucun élément de preuve montrant qu'il était tenu de comparaître devant le tribunal. La SPR a conclu qu'il n'avait pas mentionné cette exigence avant l'audience. La SPR n'a pas accepté ce témoignage qui, à son avis, constituait un enjolivement et a tiré une autre conclusion défavorable quant à la crédibilité du demandeur.

[28] La SPR a conclu que le demandeur ne serait pas en danger du fait qu'il avait quitté l'Iran illégalement. Il avait ajouté à l'audience une nouvelle allégation selon laquelle il aurait dû informer le procureur du tribunal révolutionnaire qu'il souhaitait quitter l'Iran, allégation qui, selon la SPR, constituait un enjolivement. Le demandeur avait également mentionné que, même s'il avait soudoyé un fonctionnaire pour obtenir l'autorisation de quitter l'Iran et donner les apparences d'un départ légal, les personnes qui payaient des pots-de-vin étaient punies en Iran, mais non celles qui les acceptaient.

[29] La SPR a également pris note de l'allégation du demandeur selon laquelle il ne serait pas en mesure de pratiquer la religion chrétienne orthodoxe en Iran et serait persécuté s'il le faisait. Le demandeur n'a pu produire le moindre document attestant qu'il aurait abandonné l'islam en 1980 ou confirmant qu'il fréquentait une église orthodoxe en Iran. Le demandeur a dit qu'il pourrait fournir une lettre confirmant qu'il fréquentait l'église au Canada, mais la SPR a souligné qu'aucune lettre en ce sens ne lui avait été fournie avant qu'elle en arrive à sa décision. Aucune lettre de cette nature ne

[30] The RPD further noted that the applicant said that the only thing he feared in Iran was punishment for having left the country illegally; he then added the allegation that he would be punished for his religious beliefs. The RPD found that his explanation for the late addition was evasive and non-responsive. The applicant had to be reminded by the RPD at the hearing that he had alleged religious persecution in his PIF, so the RPD drew a negative inference as to his credibility.

[31] The RPD found that the applicant was not a convert to Christianity from Islam, so there was not a serious possibility that he would be persecuted on the basis of his religion if he were returned to Iran.

#### Conclusion

[32] The RPD said that it had considered all the submissions and evidence and concluded that the applicant did not have a well-founded fear of persecution. It also concluded that the applicant did not face a risk to his life or of cruel and unusual treatment or punishment. The RPD therefore found that the applicant was neither a Convention refugee under section 96 nor a person in need of protection under section 97.

#### STATUTORY PROVISIONS

[33] The following provisions of the Act are applicable in this proceeding:

3. ...

Objectives — refugees (2) The objectives of this Act with respect to refugees are

...

figure dans les observations supplémentaires qui ont été déposées après l'audience.

[30] La SPR a ajouté que le demandeur avait souligné que la seule chose qu'il craignait en Iran, c'était d'être puni pour avoir quitté le pays illégalement; le demandeur a ensuite ajouté l'allégation selon laquelle il serait puni en raison de ses croyances religieuses. La SPR a conclu que l'explication qu'il a donnée au sujet de l'ajout tardif de l'allégation était évasive et n'était pas éclairante. La SPR a dû rappeler au demandeur à l'audience qu'il avait allégué la persécution religieuse sur son FRP, de sorte qu'elle a tiré une conclusion défavorable quant à la crédibilité du demandeur.

[31] La SPR a conclu que le demandeur ne s'était pas converti de l'islam au christianisme et qu'il n'existait donc aucune possibilité sérieuse qu'il soit persécuté du fait de sa religion s'il était renvoyé en Iran.

#### Conclusion

[32] La SPR a affirmé qu'elle avait examiné l'ensemble des observations et éléments de preuve et conclu que le demandeur ne craignait pas avec raison d'être persécuté. Elle a également conclu que le demandeur n'était pas exposé à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités. En conséquence, la SPR a conclu que le demandeur n'avait pas qualité de réfugié au sens de la Convention aux termes de l'article 96 ou de personne à protéger aux termes de l'article 97.

#### LES DISPOSITIONS LÉGISLATIVES

[33] Les dispositions suivantes de la Loi s'appliquent en l'espèce :

3. [...]

(2) S'agissant des réfugiés, la présente loi a pour objet :

Objet relatif aux réfugiés

[...]

	(e) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings;	e) de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;	
	...	[...]	
Convention refugee	<b>96.</b> A Convention refugee is a person who, by reason of a well-founded fear of persecution for reasons of race, religion, nationality, membership in a particular social group or political opinion,	<b>96.</b> A qualité de réfugié au sens de la Convention — le réfugié — la personne qui, craignant avec raison d'être persécutée du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un groupe social ou de ses opinions politiques :	Définition de « réfugié »
	(a) is outside each of their countries of nationality and is unable or, by reason of that fear, unwilling to avail themselves of the protection of each of those countries; ...	a) soit se trouve hors de tout pays dont elle a la nationalité et ne peut ou, du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de chacun de ces pays;	
	...	[...]	
Person in need of protection	<b>97.</b> (1) A person in need of protection is a person in Canada whose removal to their country or countries of nationality or, if they do not have a country of nationality, their country of former habitual residence, would subject them personally	<b>97.</b> (1) A qualité de personne à protéger la personne qui se trouve au Canada et serait personnellement, par son renvoi vers tout pays dont elle a la nationalité ou, si elle n'a pas de nationalité, dans lequel elle avait sa résidence habituelle, exposée :	Personne à protéger
	(a) to a danger, believed on substantial grounds to exist, of torture within the meaning of Article 1 of the Convention Against Torture; or	a) soit au risque, s'il y a des motifs sérieux de le croire, d'être soumise à la torture au sens de l'article premier de la Convention contre la torture;	
	(b) to a risk to their life or to a risk of cruel and unusual treatment or punishment if	b) soit à une menace à sa vie ou au risque de traitements ou peines cruels et inusités dans le cas suivant :	
	(i) the person is unable or, because of that risk, unwilling to avail themselves of the protection of that country,	(i) elle ne peut ou, de ce fait, ne veut se réclamer de la protection de ce pays,	
	(ii) the risk would be faced by the person in every part of that country and is not faced generally by other individuals in or from that country,	(ii) elle y est exposée en tout lieu de ce pays alors que d'autres personnes originaires de ce pays ou qui s'y trouvent ne le sont généralement pas,	
	(iii) the risk is not inherent or incidental to lawful sanctions, unless imposed in disregard of accepted international standards, and	(iii) la menace ou le risque ne résulte pas de sanctions légitimes — sauf celles infligées au mépris des normes internationales — et inhérents à celles-ci ou occasionnés par elles,	

(iv) the risk is not caused by the inability of that country to provide adequate health or medical care

(iv) la menace ou le risque ne résulte pas de l'incapacité du pays de fournir des soins médicaux ou de santé adéquats.

[34] The following provisions of the *Refugee Protection Division Rules*, SOR/2002-228 (Rules) are also applicable:

[34] Les dispositions suivantes des *Règles de la Section de la protection des réfugiés*, DORS/2002-228 (Règles), s'appliquent également :

Additional documents after the hearing has ended

**37.** (1) A party who wants to provide a document as evidence after a hearing must make an application to the Division.

**37.** (1) Pour transmettre, après l'audience, un document à la Section pour qu'elle l'admette en preuve, la partie en fait la demande à la Section

Documents supplémentaires après l'audience

Written application

(2) The party must attach a copy of the document to the application. The application must be made under rule 44, but the party is not required to give evidence in an affidavit or statutory declaration.

(2) La partie fait sa demande selon la règle 44 et y joint une copie du document, mais elle n'a pas à y joindre d'affidavit ou de déclaration solennelle.

Forme de la demande

Factors

(3) In deciding the application, the Division must consider any relevant factors, including:

(3) Pour statuer sur la demande, la Section prend en considération tout élément pertinent. Elle examine notamment:

Éléments à considérer

(a) the document's relevance and probative value;

a) la pertinence et la valeur probante du document;

(b) any new evidence it brings to the proceedings; and

b) toute preuve nouvelle qu'il apporte;

(c) whether the party, with reasonable effort, could have provided the document as required by rule 29.

c) si la partie aurait pu, en faisant des efforts raisonnables, le transmettre selon la règle 29.

...

[...]

Form of application and time limit

**44.** (1) Unless these Rules provide otherwise, an application must be made in writing and without delay. The Division may allow a party to make an application orally at a proceeding if the party with reasonable effort could not have made a written application before the proceeding.

**44.** (1) Sauf indication contraire des présentes règles, toute demande est faite sans délai par écrit. La Section peut permettre que la demande soit faite oralement pendant une procédure si la partie n'aurait pu, malgré des efforts raisonnables, le faire par écrit avant la procédure.

Forme de la demande et délai

Content of application

(2) Unless these Rules provide otherwise, in a written application the party must

(2) Dans sa demande écrite, sauf indication contraire des présentes règles, la partie :

Contenu de la demande

(a) state what decision the party wants the Division to make;

a) énonce la décision recherchée;

(b) give reasons why the Division should make that decision; and

b) énonce les raisons pour lesquelles la Section devrait rendre cette décision;

(c) if there is another party and the views of that party are known, state whether the other party agrees to the application.

c) indique si l'autre partie, le cas échéant, consent à la demande, dans le cas où elle connaît l'opinion de cette autre partie.

## ISSUES

[35] The applicant raises the following issues:

- a. Whether the RPD breached his right to procedural fairness by making its decision without considering post-hearing submissions;
- b. Whether the RPD's credibility determination was reasonable; and
- c. Whether the RPD failed to consider section 97 risk.

## STANDARD OF REVIEW

[36] The Supreme Court of Canada in *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 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 well settled by past jurisprudence, the reviewing court may adopt that standard of review. Only where this search proves fruitless must the reviewing court undertake a consideration of the four factors comprising the standard of review analysis.

[37] In *Nagulesan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 1382, 44 Imm. L.R. (3d) 99, Justice Johanne Gauthier held at paragraph 17, that the failure to consider submissions made after an RPD hearing was complete was a breach of procedural fairness. Justice Paul Rouleau made a similar finding in *Caceres v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 843, at paragraph 21. As questions of procedural fairness are evaluated on the standard of correctness, the standard of review on the first issue is correctness. As the Supreme Court of Canada held in *Dunsmuir* (above, at paragraph 50):

## LES QUESTIONS EN LITIGE

[35] Le demandeur soulève les questions suivantes :

- a. La question de savoir si la SPR a porté atteinte à son droit à l'équité procédurale en rendant sa décision sans tenir compte des observations postérieures à l'audience;
- b. La question de savoir si la décision de la SPR au sujet de la crédibilité était raisonnable;
- c. La question de savoir si la SPR a tenu compte du risque prévu à l'article 97.

## LA NORME DE CONTRÔLE

[36] Dans l'arrêt *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, la Cour suprême du Canada a décidé qu'il n'est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse de la norme de contrôle. En fait, lorsque la norme de contrôle applicable à une question en particulier soumise à la cour de révision est bien arrêtée par la jurisprudence, la cour de révision peut adopter cette norme de contrôle. C'est seulement lorsque cette recherche est infructueuse que la cour de révision se livre à une analyse des quatre facteurs pertinents pour l'analyse relative à la norme de contrôle.

[37] Dans la décision *Nagulesan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 1382, madame la juge Johanne Gauthier a décidé, au paragraphe 17, que l'omission d'examiner les observations présentées après la tenue de l'audience de la SPR constituait un manquement à l'équité procédurale. Le juge Paul Rouleau a tiré une conclusion similaire dans la décision *Caceres c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 843, au paragraphe 21. Étant donné que les questions d'équité procédurale sont évaluées au regard de la norme de la décision correcte, la norme de contrôle applicable à la première question est la décision correcte. Comme la Cour suprême du Canada l'a expliqué dans l'arrêt *Dunsmuir* (précité, au paragraphe 50) :

When applying the correctness standard, a reviewing court will not show deference to the decision maker's reasoning process; it will rather undertake its own analysis of the question. The analysis will bring the court to decide whether it agrees with the determination of the decision maker; if not, the court will substitute its own view and provide the correct answer. From the outset, the court must ask whether the tribunal's decision was correct.

[38] With respect to the third issue, I note that in *Bouaouni v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FC 1211, Justice Edmond Blanchard wrote [at paragraph 41] that “[w]hether a Board properly considered both [sections 96 and 97] claims is a matter to be determined in the circumstances of each case”. Justice Carolyn Layden-Stevenson held in *Brovina v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2004 FC 635, 254 F.T.R. 244, at paragraph 17, that a section 97 analysis need not be conducted in every case; only where there was evidence before the RPD to support that analysis must it be conducted. With respect to the third issue, then, the question before me is whether there was evidence before the RPD to support a section 97 analysis. If I conclude there was, I must then determine whether the RPD actually did conduct a section 97 analysis. Both of these inquiries call for me to “undertake [my] own analysis of the question” (*Dunsmuir*, above, at paragraph 50), which is the very definition of the correctness standard. The standard of review on the third issue is therefore correctness.

[39] In *Elmi v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2008 FC 773, at paragraph 21, Justice Max Teitelbaum held that findings of credibility are central to the RPD's finding of fact and are therefore to be evaluated on a standard of review of reasonableness. Further, in *Hou v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2005 FC 1586, Justice John O'Keefe held at paragraph 23, that the standard of review on a finding of credibility was patent unreasonableness. The standard of review on the second issue is reasonableness. See also *Aguebor v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 160 N.R. 315 (F.C.A.).

La cour de révision qui applique la norme de la décision correcte n'acquiesce pas au raisonnement du décideur; elle entreprend plutôt sa propre analyse au terme de laquelle elle décide si elle est d'accord ou non avec la conclusion du décideur. En cas de désaccord, elle substitue sa propre conclusion et rend la décision qui s'impose. La cour de révision doit se demander dès le départ si la décision du tribunal administratif était la bonne.

[38] En ce qui a trait à la troisième question, je souligne que, dans la décision *Bouaouni c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CF 1211, le juge Edmond Blanchard a écrit [au paragraphe 41] que « la question de savoir si la Commission a valablement examiné les deux revendications [relatives aux articles 96 et 97] doit être tranchée [...] en fonction des faits d'espèce ». Madame la juge Carolyn Layden-Stevenson a indiqué quant à elle dans la décision *Brovina c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2004 CF 635, au paragraphe 17, qu'il n'y avait pas lieu de procéder systématiquement à une analyse relative à l'article 97, mais seulement lorsque la SPR dispose d'éléments de preuve qui en confirment la pertinence. En ce qui concerne la troisième question, je dois donc me demander si la SPR était saisie d'éléments de preuve appuyant une analyse relative à l'article 97. Si je répons par l'affirmative à cette question, je dois ensuite décider si la SPR a effectivement mené cette analyse. Dans les deux cas, je dois « entrepren[dre] [...] [ma] propre analyse » (*Dunsmuir*, précité, au paragraphe 50), ce qui correspond à la définition même de la norme de la décision correcte. La norme de contrôle applicable à la troisième question est donc la norme de la décision correcte.

[39] Dans la décision *Elmi c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CF 773, le juge Max Teitelbaum a décidé, au paragraphe 21, que les conclusions relatives à la crédibilité sont au centre de la conclusion de fait de la SPR, de sorte qu'elles doivent être assujetties à la norme de la décision raisonnable. De plus, dans la décision *Hou c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CF 1586, le juge John O'Keefe a décidé, au paragraphe 23, que les conclusions touchant la crédibilité étaient assujetties à la norme de la décision manifestement déraisonnable. La norme de contrôle applicable à la deuxième question est la norme de la décision raisonnable. Voir également

*Aguebor c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1993] A.C.F. n° 732 (C.A.) (QL).

[40] 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 *Canada (Citizenship and Immigration) v. Khosa*, 2009 SCC 12, [2009] 1 S.C.R. 339, 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”.

[40] Lorsqu’une décision est contrôlée selon la norme de la décision raisonnable, l’analyse a trait 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 *Dunsmuir*, précité, au paragraphe 47, et *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Khosa*, 2009 CSC 12, [2009] 1 R.C.S. 339, au paragraphe 59. En d’autres termes, la Cour ne devrait intervenir que si la décision était déraisonnable au sens où elle n’appartient pas « aux issues possibles acceptables pouvant se justifier au regard des faits et du droit ».

## ARGUMENTS

### The Applicant

#### The RPD Breached the Right to Procedural Fairness

[41] The applicant faxed his additional submissions on 4 March 2011, before the RPD rendered its decision in his case. He says that when the RPD failed to consider these submissions, it breached his right to procedural fairness because they were received before the RPD made its decision. Though the RPD had set a deadline for submissions of 2 March 2011 and his submissions were received after this deadline passed, the RPD had indicated that it would be open to receiving late submissions when the case officer called counsel to tell her that it had not yet received submissions.

[42] Some cases suggest that, where submissions are unsolicited, there is a duty on claimants to follow up with the RPD to ensure they have been received (see *Nagulesan*, above). The applicant says that his submissions were not unsolicited because the RPD had referred at the hearing to the submissions to be provided. Further,

## LES ARGUMENTS

### Le demandeur

#### La SPR a porté atteinte au droit à l’équité procédurale du demandeur

[41] Le demandeur a envoyé ses observations supplémentaires par télécopieur le 4 mars 2011, avant que la SPR rende sa décision dans sa demande. Il soutient qu’en ne tenant pas compte de ces observations, la SPR a porté atteinte à son droit à l’équité procédurale, étant donné qu’elle a reçu ces documents avant d’en arriver à sa décision. Même si la SPR avait fixé une date limite du 2 mars 2011 pour la réception des observations et que celles-ci ont été reçues après cette échéance, la SPR a laissé entendre qu’elle serait disposée à recevoir les observations envoyées tardivement lorsque son agent a téléphoné à l’avocate pour lui dire qu’il n’avait pas encore reçu les observations.

[42] Selon certaines décisions, lorsque le demandeur fournit des observations qui n’ont pas été demandées, il doit faire un suivi auprès de la SPR pour s’assurer qu’elles ont été reçues (voir *Nagulesan*, précitée). Le demandeur soutient que ses observations avaient été sollicitées, parce que la SPR avait fait mention à l’audience des



the submissions the applicant provided were material to the issue of credibility, as they include medical evidence which corroborates his allegations of torture.

#### The RPD's Credibility Finding was Unreasonable

[43] The applicant says that the RPD found it was improbable that he would return to face persecution in order to be with his son. In *Samani v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1998 CanLII 8301 (F.C.T.D.), Justice James Hugessen wrote at paragraph 4 that “[i]t is never particularly persuasive to say that an action is implausible simply because it may be dangerous for a politically committed person.” It was therefore not open to the RPD to reject evidence of the applicant's actions simply because it thought the action was risky. The applicant says that the bond between parent and child is as strong as that of a political opinion and that it is unreasonable to find him not credible because he returned to danger in order to be with his son.

#### The Respondent

[44] The respondent argues that the decision was reasonable because it was based on all the evidence before the RPD. He also argues that there was no breach of procedural fairness because the applicant failed to follow up with the RPD to ensure that his late submissions had been received.

#### The RPD's Credibility Finding was Reasonable

[45] The respondent says that the credibility findings the RPD made were based on reavailment, incon-

observations à fournir. De plus, les observations que le demandeur a fournies étaient pertinentes quant à la question de la crédibilité, puisqu'elles renferment des renseignements médicaux qui corroborent ses allégations de torture.

#### La conclusion de la SPR au sujet de la crédibilité n'était pas raisonnable

[43] Le demandeur soutient que la SPR a conclu qu'il était peu probable qu'il soit retourné en Iran, où il risquait d'être persécuté, afin d'être avec son fils. Dans la décision *Samani c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1998 CanLII 8301 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge James Hugessen a écrit ce qui suit au paragraphe 4 : « L'argument voulant qu'une action soit invraisemblable simplement parce qu'elle peut se révéler dangereuse pour celui qui la commet par engagement politique, n'a jamais été particulièrement convaincante [*sic*] ». En conséquence, il n'était pas loisible à la SPR de rejeter la preuve relative à la conduite du demandeur simplement parce qu'elle estimait que cette conduite était risquée. Le demandeur affirme que le lien entre un père ou une mère et son enfant est aussi fort que l'opinion politique et qu'il n'est donc pas raisonnable de juger qu'il n'est pas crédible parce qu'il est retourné vers un endroit où il était en danger afin d'être avec son fils.

#### Le défendeur

[44] Le défendeur répond que la décision de la SPR était raisonnable, parce qu'elle était fondée sur l'ensemble de la preuve dont celle-ci disposait. Il ajoute qu'aucun manquement à l'équité procédurale n'a été commis, parce que le demandeur n'a pas fait de suivi auprès de la SPR pour s'assurer que celle-ci avait reçu les observations qu'il avait envoyées tardivement.

#### La conclusion de la SPR au sujet de la crédibilité était raisonnable

[45] Le défendeur affirme que les conclusions que la SPR a tirées au sujet de la crédibilité étaient fondées sur

sistencies, contradictions, and delay in claiming, all of which are accepted bases for making adverse inferences on credibility. These findings were made in clear and unmistakable terms. Since negative credibility findings are permissible so long as the RPD gives reasons in clear and unmistakable terms, the decision should stand.

#### There was no Breach of Procedural Fairness

[46] The respondent also says that there was no breach of procedural fairness in this case. The correctness standard is not applicable to the alleged breach of procedural fairness in this case because the applicant has twice failed to carry out his obligations: he failed to meet the deadline imposed by the RPD and he failed to follow up to ensure his submissions had been received. The applicant's late submissions are analogous to unsolicited submissions because they were received by the RPD after the deadline set at the hearing. In order to trigger the RPD's obligation to consider the submissions, he therefore had an obligation to follow up with the RPD to ensure the submissions had been received. See *Avci v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2002 FCT 1274, 226 F.T.R. 238; *Vairavanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 43 Admin. L.R. (2d) 121 (F.C.T.D.); *Ahmad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 5958 (F.C.T.D.); and *Arulanandam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 1997 CanLII 5353 (F.C.T.D.).

[47] Further, because the submissions were faxed by the applicant's counsel after business hours on a Friday, the RPD did not actually receive them until Monday morning. The respondent says that the applicant cannot allege a breach of the duty of fairness after missing a deadline and making no effort to ensure that the late submissions found their way to the decision maker. The

fait que le demandeur s'était à nouveau réclamé de la protection de l'État, sur des incohérences et contradictions et sur le délai lié à la présentation de sa demande d'asile, lesquelles raisons constituent dans tous les cas des motifs permettant de tirer des conclusions défavorables au sujet de la crédibilité. Ces conclusions ont été formulées en termes clairs et explicites. Étant donné que les conclusions défavorables au sujet de la crédibilité sont permises pour autant que la SPR les explique en termes clairs et explicites, la décision devrait être confirmée.

#### Aucun manquement à l'équité procédurale n'a été commis

[46] Le défendeur affirme également qu'aucun manquement à l'équité procédurale n'a été commis en l'espèce. La norme de la décision correcte ne s'applique pas à l'allégation de manquement à l'équité procédurale formulée aux présentes, parce que le demandeur a omis deux fois de remplir ses obligations : il n'a pas respecté la date limite fixée par la SPR et il n'a pas fait de suivi pour s'assurer que ses observations avaient été reçues. Les observations que le demandeur a présentées tardivement sont analogues à des observations non sollicitées, parce que la SPR les a reçues après la date limite fixée à l'audience. Pour que soit déclenchée l'obligation de la SPR d'examiner les observations, le demandeur devait donc lui-même faire un suivi auprès de celle-ci pour s'assurer que les observations en question avaient été reçues. Voir *Avci c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1274; *Vairavanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1996] A.C.F. n° 1025 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *Ahmad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 1997 CanLII 5958 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); et *Arulanandam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 988 (1<sup>re</sup> inst.) (QL).

[47] De plus, étant donné que l'avocate du demandeur a envoyé les observations par télécopieur après les heures ouvrables un vendredi, la SPR ne les a reçues que le lundi matin suivant. Le défendeur affirme que le demandeur ne peut reprocher à la SPR d'avoir commis un manquement à l'équité procédurale après avoir raté lui-même une échéance sans avoir fait d'effort pour

applicant did not mark the submissions urgent, nor did he indicate on the fax cover page that the RPD was expecting these submissions. There is no evidence that the applicant ever called to ensure that the RPD member making the decision received his submissions.

[48] Even if the RPD did breach procedural fairness by not considering the late submissions, the respondent says that the Court should disregard the breach because it had no material effect on the decision. He relies on *Yassine v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1994), 27 Imm. L.R. (2d) 135 (F.C.A.). Though the medical documents the applicant submitted refer to torture, the respondent notes that the RPD expressly declined to find that he had or had not been tortured. Further, only the applicant's written submissions address re-availment and delay in claiming, which were determinative of the RPD's finding on credibility. Though the written submissions address these issues, they could not make a difference to the RPD's decision because they only repeat the explanations the applicant gave at the hearing, which were rejected by the RPD. The applicant's submissions also do not corroborate his asserted conversion to Orthodox Christianity, which was one of the main issues in the decision.

#### The Applicant's Reply

[49] The applicant says that his submissions, though they were late, are not analogous to unsolicited submissions. He notes that a case officer called his counsel to remind her that submissions were still outstanding. Since these submissions are similar to expected submissions, proof of their submission and receipt is sufficient to show that the RPD had an obligation to consider them. He says that he has proven his submissions were

s'assurer que le décideur avait bel et bien reçu les observations envoyées tardivement. Le demandeur n'a pas inscrit la mention « urgent » sur les observations ni n'a précisé sur la page d'envoi par télécopieur que la SPR attendait celles-ci. Aucun élément de preuve n'établit que le demandeur a téléphoné pour s'assurer que le membre de la SPR appelé à rendre la décision avait reçu ses observations.

[48] Même si la SPR a commis un manquement à l'équité procédurale en ne tenant pas compte des observations envoyées tardivement, le défendeur affirme que la Cour ne devrait pas tenir compte du manquement, parce qu'il n'a eu aucun effet important sur la décision de la SPR. Le défendeur invoque la décision rendue dans l'arrêt *Yassine c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1994] A.C.F. n° 949 (C.A.) (QL). Même si les documents médicaux que le demandeur a envoyés renvoient à la torture, le défendeur souligne que la SPR a expressément refusé de conclure que le demandeur avait été torturé ou ne l'avait pas été. De plus, seules les observations écrites du demandeur traitent du fait de se réclamer à nouveau de la protection de l'État et de la présentation tardive de la demande, qui étaient déterminants quant à la conclusion de la SPR au sujet de la crédibilité. Même si les observations écrites traitent de ces questions, elles ne pouvaient vraiment inciter la SPR à modifier sa décision, parce qu'elles comportent une simple répétition des explications que le demandeur a données à l'audience et que la SPR a rejetées. De plus, les observations du demandeur ne corroborent pas son allégation relative à la conversion à la religion chrétienne orthodoxe, qui représentait l'une des principales questions que la SPR devait trancher.

#### La réplique du demandeur

[49] Le demandeur affirme que, même si elles ont été présentées tardivement, ses observations sont différentes des observations non sollicitées. Il souligne qu'un agent de la SPR a téléphoné à son avocate pour lui rappeler qu'elle n'avait pas encore déposé ses observations. Étant donné que ces observations s'apparentent à des observations attendues, une preuve de leur envoi et de leur réception suffit pour montrer que la SPR était tenue de

received through the affidavit of counsel who represented him at the hearing.

[50] In *Avci v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2003 FCA 359, 35 Imm. L.R. (3d) 19, the Federal Court of Appeal wrote, at paragraphs 7 and 8 that:

Counsel for the Minister conceded that, if she did not persuade us, as she has not, that the panel was *functus* on November 7, 2001 when it dictated its reasons, the Board's decision must be set aside. She agreed with counsel for Mr. Avci that, if the panel were not *functus* on November 7, the Board breached the duty of fairness when it failed to consider, or to refer in its reasons to, material submitted to the Board on behalf of Mr. Avci on November 20, 2001, two days before it signed its written reasons for decision. Counsel for the Minister conceded that this material was sufficiently important to issues in dispute in the refugee determination proceeding that the failure of the panel to consider it or to refer to it in its written reasons warranted quashing the Board's decision to reject Mr. Avci's refugee claim. We do not disagree with this concession.

For these reasons, the application for judicial review will be allowed, the decision of the Applications Judge reversed, the decision of the Board set aside and the matter remitted to it for redetermination by a differently constituted panel.

[51] The applicant says the respondent has not addressed this authority in his argument. He also says that the submissions he made on 4 March 2011 were stamped "Received" on 7 March 2011, the day before the RPD made its decision. It was a breach of procedural fairness for the RPD not to consider these submissions since they were received before the decision was made. His case is identical to *Avci*, above, so it should be decided the same way.

[52] The respondent has argued that this Court should not quash the decision even though there may have been a breach of procedural fairness. The applicant says that, unless his written submissions added nothing to the RPD's decision, the decision should be returned for

les examiner. Le demandeur soutient qu'il a prouvé que ses observations avaient été reçues au moyen de l'affidavit de l'avocate qui l'a représenté à l'audience.

[50] Dans l'arrêt *Avci c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2003 CAF 359, la Cour d'appel fédérale s'est exprimée comme suit aux paragraphes 7 et 8 :

L'avocate du ministre a admis que, si elle ne nous persuadait pas, comme c'est le cas, que le tribunal a été dessaisi le 7 novembre 2001 lorsqu'il a dicté ses motifs, la décision de la Commission devrait être annulée. Elle était d'accord avec l'avocate de M. Avci que, si le tribunal n'était pas dessaisi le 7 novembre, la Commission a manqué à l'obligation d'agir équitablement lorsqu'elle a omis de prendre en compte, ou de mentionner dans ses motifs, les documents présentés à la Commission au nom de M. Avci le 20 novembre 2001, deux jours avant qu'elle ait signé ses motifs écrits de la décision. L'avocate du ministre a admis que ces documents étaient suffisamment importants pour les questions en litige, dans le cadre de l'instance de détermination du statut de réfugié, que l'omission du tribunal de les prendre en compte ou de les mentionner dans ses motifs écrits justifiait l'annulation de la décision de la Commission de rejeter la revendication du statut de réfugié de M. Avci. Nous ne contestons pas cette admission.

Pour ces motifs, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie, la décision du juge qui a entendu la demande sera infirmée, la décision de la Commission sera annulée et l'affaire sera renvoyée à un tribunal différemment constitué pour que celui-ci statue à nouveau sur l'affaire.

[51] Le demandeur soutient que le défendeur n'a pas commenté cette décision dans sa plaidoirie. Il ajoute que les observations qu'il a envoyées le 4 mars 2011 portaient une estampille de réception apposée le 7 mars 2011, la veille de la date à laquelle la SPR en est arrivée à sa décision. La SPR a commis un manquement à l'équité procédurale en ne tenant pas compte de ces observations, puisqu'elle les avait reçues avant d'en arriver à sa décision. La situation du demandeur est identique à celle de l'affaire *Avci*, précitée, de sorte que la question devrait être tranchée de la même façon.

[52] Le défendeur a fait valoir que la Cour ne devrait pas annuler la décision de la SPR, même si celle-ci a peut-être commis un manquement à l'équité procédurale. Le demandeur soutient que, à moins que ses observations écrites n'ajoutent rien à la décision de la SPR,

reconsideration. He relies on *Cardinal et al. v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643, and *Harelkin v. University of Regina*, [1979] 2 S.C.R. 561 for this proposition. He says that, contrary to the respondent's assertion that the submissions were not material, they address virtually every point raised by the RPD.

celle-ci devrait être renvoyée pour nouvel examen. Au soutien de cette proposition, le demandeur invoque les arrêts *Cardinal et autre c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643, et *Harelkin c. Université de Regina*, [1979] 2 R.C.S. 561. Il affirme que, contrairement à ce que le défendeur a soutenu, les observations sont pertinentes et traitent de presque chaque point que la SPR a soulevé.

#### The RPD Failed to Analyse Section 97 Risk

La SPR n'a pas analysé le risque prévu à l'article 97

[53] The applicant says that, given that the respondent has acknowledged the medical evidence was relevant to the question of torture, this raises the issue of whether the RPD appropriately analysed the risk he faced under section 97. He says that the RPD has failed to analyse section 97 risk so that the decision must be returned for reconsideration.

[53] Le demandeur affirme que, étant donné que le défendeur a reconnu que la preuve médicale était pertinente quant à la question de la torture, il y a lieu de se demander si la SPR a analysé correctement le risque auquel il était exposé aux termes de l'article 97. Il ajoute que la SPR n'a pas analysé le risque prévu à l'article 97, de sorte que la décision de la SPR doit être renvoyée pour nouvel examen.

#### The Respondent's Further Memorandum

Le mémoire supplémentaire du défendeur

##### Illegal Exit and Religious Identity

Sortie illégale et identité religieuse

[54] The respondent notes that the RPD considered the bases on which the applicant claimed he would be punished or persecuted in Iran: his illegal exit and re-entry to the country in 2004 and his conversion to Orthodox Christianity. The RPD's findings he did not face punishment or persecution on either of these grounds were reasonable as they were based on the evidence before the RPD, so the decision should stand.

[54] Le défendeur souligne que la SPR a examiné les raisons que le demandeur a invoquées pour affirmer qu'il serait puni ou persécuté en Iran : sa sortie illégale du pays et son retour en Iran en 2004 ainsi que sa conversion à la religion chrétienne orthodoxe. Les conclusions de la SPR selon lesquelles le demandeur ne risquait pas d'être puni ou persécuté pour l'un ou l'autre de ces motifs étaient raisonnables, parce qu'elles reposaient sur la preuve dont la SPR était saisie, de sorte que la décision devrait être confirmée.

#### ANALYSIS

#### ANALYSE

##### Procedural Fairness

Équité procédurale

[55] The record shows that a deadline of 2 March 2011 was set for post-hearing documentation and submissions. The applicant failed to meet this deadline, and did

[55] Il appert du dossier qu'une date limite du 2 mars 2011 a été fixée pour la présentation de documents et d'observations après l'audience. Le demandeur n'a pas

not contact the RPD to explain. There is still no explanation as to why the deadline was not met.

[56] The RPD indicates in the decision that it called applicant's counsel after 2 March 2011 "to inquire if there were to be any submissions, but no reply was received". Before the decision was complete, the RPD went out of its way to find out what the problem was, but received no response.

[57] An affidavit by Ms. Mary Tatham, applicant's previous counsel, says that she forwarded the post-hearing documents by fax. The cover page she sent reads:

RE: TA8-02681

Disclosure & submissions

[58] There is no evidence that Ms. Tatham submitted materials in response to the RPD's inquiry, or that she contacted the RPD to ensure that the materials were received and placed before the RPD before it made its decision. The fact that Ms. Tatham does not refer to these important matters in her affidavit, leads me to draw a negative inference that she did neither of these things.

[59] The stamp on the fax cover page shows that the materials were stamped "Received" in Toronto on 7 March 2011. The date of the decision is 8 March 2011. By pure chance, the RPD received the materials before the decision was rendered.

[60] It is clear that the materials were faxed at 7 p.m. on Friday, 4 March 2011, and were stamped on the very next business day of Monday, 7 March 2011 at 8:40 a.m. There was no malingering here by the RPD. It seems to me that the RPD followed a prudent and courteous approach to this matter and the applicant did not. The RPD gave the applicant additional post-hearing time to file

respecté cette date limite et n'a pas communiqué avec la SPR pour s'expliquer. D'ailleurs, aucune explication n'a encore été donnée au sujet des raisons pour lesquelles la date limite n'a pas été respectée.

[56] Dans sa décision, la SPR souligne qu'elle a téléphoné à l'avocate du demandeur après le 2 mars 2011 [TRADUCTION] « pour savoir si des observations seraient envoyées, mais n'a reçu aucune réponse ». Avant de mettre la dernière main à la décision, la SPR a cherché à savoir quel était le problème, mais n'a pas reçu de réponse.

[57] Dans son affidavit, M<sup>me</sup> Mary Tatham, l'avocate précédente du demandeur, affirme qu'elle a fait parvenir les documents postérieurs à l'audience par télécopieur. La page d'envoi de ces documents comporte la mention suivante :

[TRADUCTION]

OBJET : TA8-02681

Communication de documents et d'observations

[58] Aucun élément de preuve ne montre que M<sup>me</sup> Tatham a présenté des documents en réponse à la demande de la SPR ou qu'elle a communiqué avec elle pour s'assurer que les documents avaient été reçus et portés à l'attention de la Section avant que celle-ci en arrive à sa décision. Le fait que M<sup>me</sup> Tatham ne mentionne aucun de ces éléments importants dans son affidavit m'incite à conclure qu'elle n'a fait aucune de ces vérifications.

[59] La page d'envoi par télécopieur des documents montre que l'estampille de réception a été apposée sur ceux-ci à Toronto le 7 mars 2011. La décision de la SPR porte la date du 8 mars 2011. Par pur hasard, la SPR a reçu les documents avant que sa décision soit rendue.

[60] Il est indéniable que les documents ont été envoyés par télécopieur à 19 h le vendredi, 4 mars 2011 et qu'ils ont été estampillés le jour ouvrable suivant, le lundi 7 mars 2011, à 8h40. Il n'y a pas eu de simulation ici de la part de la SPR, qui me semble avoir fait preuve de prudence et de courtoisie en l'espèce, contrairement au demandeur. La SPR a en effet accordé un délai

documentation and submissions and, when they were not received by the 2 March 2011 deadline, called applicant's counsel to find out what the problem was and, receiving no response, proceeded with the decision.

[61] The applicant, on the other hand, missed the 2 March 2011 deadline, failed to contact the RPD to explain why, and then submitted late materials without explanation and without ensuring that the RPD was alerted to those late materials.

[62] The applicant now says that he has been denied procedural fairness in this matter because the RPD did not consider his post-hearing submissions or review his post-hearing documents before rendering its decision. The decision itself would seem to indicate that the RPD was completely unaware that the applicant had submitted post-hearing materials when the decision was made and, given the sequence of events outlined above, this is hardly surprising.

[63] Here we have a situation where the RPD gave the applicant the additional time he requested for post-hearing submissions including evidence, attempted to contact his counsel when the deadline passed and no materials were received, and then, quite reasonably, proceeded to make the decision on the evidence before it.

[64] The RPD did everything it could to accommodate the applicant, but he alleges procedural unfairness in the face of his own lack of diligence, prudence and courtesy. The post-hearing materials did not reach the RPD before the decision was made, but the evidence tells me that this was totally the fault of the applicant. The post-hearing submissions were, in effect, unsolicited and sent after the deadline and an unsuccessful attempt by the RPD to contact applicant's counsel. The late submissions were not marked urgent and there was

supplémentaire au demandeur après l'audience pour lui permettre de déposer des documents et des observations; par la suite, lorsqu'elle a constaté que la documentation n'avait pas été reçue à la date limite du 2 mars 2011, elle a téléphoné à l'avocate du demandeur pour savoir quel était le problème et, n'ayant reçu aucune réponse, elle a rendu sa décision.

[61] Pour sa part, le demandeur n'a pas respecté l'échéance du 2 mars 2011 ni n'a communiqué avec la SPR pour expliquer les raisons de ce retard; il a ensuite déposé les documents tardivement sans donner d'explication et sans s'assurer que la SPR était informée de ce dépôt tardif.

[62] Le demandeur affirme maintenant qu'il s'est vu refuser le droit à l'équité procédurale en l'espèce parce que la SPR n'a pas tenu compte des observations qu'il a présentées après l'audience ni n'a pris connaissance des documents qu'il a envoyés après l'audience avant de rendre sa décision. Le texte de la décision elle-même semble montrer que la SPR ignorait totalement que le demandeur avait présenté des documents après l'audience lorsqu'elle en est arrivée à sa décision et, compte tenu des événements exposés plus haut, ce n'est guère surprenant.

[63] Nous sommes ici devant une situation où la SPR a donné au demandeur le délai supplémentaire qu'il avait demandé pour présenter des observations après l'audience, y compris des éléments de preuve, tenté de joindre l'avocate de celui-ci après avoir constaté qu'aucun document n'avait été reçu après l'expiration du délai, puis en est arrivée à sa décision sur la foi de la preuve dont elle était saisie, ce qui est fort compréhensible.

[64] La SPR a fait tout ce qu'elle a pu pour accommoder le demandeur, mais celui-ci lui reproche un manquement à l'équité procédurale malgré l'imprudence et le manque de courtoisie dont il a lui-même fait preuve. La SPR n'a pas été saisie des documents postérieurs à l'audience avant d'en arriver à sa décision, mais il appert de la preuve que le demandeur ne doit s'en prendre qu'à lui-même à cet égard. Les observations envoyées après l'audience étaient effectivement des observations non sollicitées et envoyées après l'échéance et une vaine

no covering letter explaining that they should be put before the RPD member immediately. The fax cover page does not even identify the RPD member who was dealing with the claim. There is no evidence of any follow-up by applicant's counsel. There is nothing to suggest that the RPD acted unreasonably or unfairly in this process. It was by pure chance that the materials were marked received on 7 March 2011 before the decision was rendered on 8 March 2011.

[65] The question for the Court is whether this pure chance should allow the applicant to claim procedural unfairness in the face of a decision by the RPD, which gave the applicant every opportunity to submit his post-hearing submissions and documents and, even after the deadline passed, attempted to find out what the problem was and whether he intended to make submissions. Intuition would suggest that, on the facts of this case, the applicant was given a fair and reasonable opportunity to make his case. The problems that arose were of his own making, and he has still not explained to the RPD or the Court why he did not meet the deadline or why he did not contact the RPD to explain the problem and alert it to the fact that his submissions would be late. He did not do the fair or prudent thing and now he says that he has been treated unfairly. I think most people would think this is an unreasonable claim to make, but we are governed by the jurisprudence.

[66] Justice Gauthier has reviewed the jurisprudence applicable to situations where documents are submitted late and are not reviewed by the RPD before a decision is rendered. In *Nagulesan*, above, she provided the following helpful guidance on the law at paragraphs 6–17:

The respondent states that there is no evidence that the decision maker ever saw this material. He argues that the applicant had a duty to obtain confirmation that the

tentative de la part de la SPR pour joindre l'avocate du demandeur. Les observations déposées tardivement ne portaient pas la mention « urgent » et il n'y avait aucune lettre d'envoi expliquant qu'elles devraient être remises immédiatement au membre de la SPR. Le nom du membre de la SPR qui examinait la demande d'asile ne figurait même pas sur la page d'envoi des documents par télécopieur. Il n'y a aucun élément de preuve montrant que l'avocate du demandeur aurait fait un suivi. De plus, la preuve ne permet pas de dire que la SPR a agi de manière déraisonnable ou inéquitable au cours de ce processus. C'est par pur hasard que la date de réception du 7 mars 2011 a été apposée sur les documents, avant que la décision soit rendue le 8 mars 2011.

[65] La question que la Cour doit trancher est de savoir si ce hasard pur et simple devrait permettre au demandeur d'invoquer l'absence d'équité procédurale malgré le fait que la SPR lui a donné toutes les occasions possibles de présenter ses observations et ses documents après l'audience et tenté de savoir, après l'expiration du délai, quel était le problème et s'il avait l'intention d'envoyer des documents. D'après les faits mis en preuve en l'espèce, il semblerait que le demandeur a eu une possibilité juste et raisonnable de présenter sa cause. Il est lui-même à l'origine des problèmes qui sont survenus et il n'a toujours pas expliqué à la SPR ou à la Cour pourquoi il n'a pas respecté le délai ni n'a communiqué avec la SPR pour expliquer le problème et la prévenir qu'il enverrait ses observations tardivement. Il n'a pas agi de manière prudente ou équitable et affirme aujourd'hui qu'il a été traité injustement. À mon avis, cette allégation semblerait déraisonnable aux yeux de la plupart des personnes, mais nous sommes régis par la jurisprudence.

[66] Madame la juge Gauthier a passé en revue la jurisprudence applicable aux situations où la SPR ne prend pas connaissance des documents déposés tardivement avant de rendre sa décision. Dans la décision *Nagulesan*, précitée, elle a formulé des commentaires éclairants sur la règle de droit applicable à cet égard aux paragraphes 6 à 17 :

Le défendeur affirme que rien dans la preuve n'indique que le décideur a vu ces documents. Il fait valoir que le demandeur avait l'obligation d'obtenir la confirmation que le



presiding member had in fact received these documents prior to issuing his decision. Having failed to do so, he cannot allege a breach of the duty of fairness. To support his position, the respondent refers to four decisions of this Court namely, *Avci v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* 2002 FCT 1274, [2002] F.C.J. No. 1748, *Vairavanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 34 Imm. L.R. (2d), 307, [1996] F.C.J. No. 1025, *Ahmad v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 1740 and *Arulanandam v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1997] F.C.J. No. 988.

The Federal Court of Appeal reversed the decision of this Court in *Avci*, [2003] F.C.J. No. 1424, even though it found that the Court was right in concluding that the RPD was not *functus officio* when the new evidence was filed. In effect, despite the Court's initial findings in his favour on these issues, the Minister had conceded that if the RPD was not *functus officio*, it had breached its duty of fairness when it failed to consider or to refer in its reasons to the material submitted by Mr. Avci which was sufficiently important to the issues in dispute to warrant such consideration. The Court of Appeal indicates that it does not disagree with this concession, and on that basis it set aside the decision of the RPD.

In *Vairavanathan* above, the decision under review was set aside because the decision maker had failed to consider evidence submitted by the applicant well before the decision was rendered. The respondent relies particularly on the fact that the learned judge noted in her decision that when a party submits additional material, which the decision maker had not requested, after the hearing, there is a duty on counsel to obtain a confirmation from the relevant panel members that their additional submissions have actually been received and that she would expect counsel to obtain such a confirmation in the future.

In *Ahmad* above, there was evidence that additional submissions and material had been faxed to the decision maker but there was no evidence that it had in fact been received by it. The Court concludes that the post-hearing document never found its way to the decision maker and says that “at a minimum, counsel ought to have ensured that the fax, for which he received no acknowledgement from the Board, had in fact been received.” [Emphasis added by Gauthier J.]

In *Arulanandam* above, Gibson J. had to deal with another situation where the alleged additional submissions did not form part of the certified record and there was no evidence to

commissaire qui a présidé l'audience avait bien reçu ces documents avant de rendre sa décision. Ayant omis de ce faire, il ne peut alléguer un manquement au devoir d'équité. À l'appui de sa position, le défendeur fait référence à quatre décisions de la Cour, à savoir : *Avci c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2002 CFPI 1274, [2002] A.C.F. n° 1748; *Vairavanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (1996), 34 Imm. L.R. (2d) 307, [1996] A.C.F. n° 1025; *Ahmad c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 1740, et *Arulanandam c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1997] A.C.F. n° 988.

La Cour d'appel fédérale a renversé la décision de la présente Cour dans l'affaire *Avci*, [2003] A.C.F. n° 1424, même si elle a statué que la Cour avait raison en concluant que la SPR n'était pas dessaisie lorsque les nouveaux éléments de preuve ont été déposés. En effet, malgré les conclusions initiales de la Cour en sa faveur sur ces questions, le ministre avait concédé que, si la SPR n'était pas dessaisie, elle avait manqué à son devoir d'équité lorsqu'elle a omis d'examiner les documents présentés par M. Avci ou d'y faire référence dans ses motifs, ces documents étant suffisamment importants à l'égard des questions en litige pour justifier un tel examen. La Cour d'appel mentionne qu'elle n'est pas en désaccord avec cette concession et, sur ce fondement, elle a annulé la décision de la SPR.

Dans la décision *Vairavanathan*, précitée, la décision faisant l'objet du contrôle judiciaire a été annulée parce que le décideur n'avait pas tenu compte des éléments de preuve présentés par le demandeur bien avant que la décision ait été rendue. Le défendeur invoque en particulier le fait que la juge ait noté dans sa décision que, lorsqu'une partie présente après l'audience des documents additionnels, lesquels n'avaient pas été demandés par le décideur, le conseil est tenu d'obtenir une confirmation des membres pertinents du tribunal que les observations additionnelles ont réellement été reçues et qu'elle attendait des conseils qu'ils obtiennent une telle confirmation à l'avenir.

Dans la décision *Ahmad*, précitée, il y avait des éléments de preuve selon lesquels des observations et des documents additionnels avaient été télécopiés au décideur mais rien ne prouvait qu'il les avait bien reçus. La Cour conclut que le document présenté après l'audience ne s'est jamais rendu jusqu'au décideur et elle affirme qu'« [a]u moins, l'avocate aurait dû s'assurer que la télécopie, dont elle n'a reçu de la Commission aucun accusé de réception, avait en fait été reçue ». [Soulignement ajouté par la juge Gauthier.]

Dans la décision *Arulanandam*, précitée, le juge Gibson devait traiter d'une autre situation où les observations additionnelles alléguées ne faisaient pas partie du dossier certifié

prove that they were actually received by the respondent. In the circumstances, the Court found that it had to presume that they were not received and that thus no error was made in failing to consider those submissions. [Emphasis added by Gauthier J.]

In the present case, the applicant did have confirmation that the RPD received these documents which were hand delivered. I cannot agree with the respondent that having done this, the applicant also had the duty to obtain a further confirmation that those documents properly filed with the RPD were indeed remitted to the member who heard his claim. The case was properly identified and was properly filed with the RPD. It may well be advisable for counsel to follow up to ensure that there are no undue administrative delays in forwarding the documentation but a failure to do so cannot materially affect the applicant's rights.

Although the parties did not address this point explicitly, implicit in the discussion of the argument presented by the applicant is the existence of a continuing obligation to consider evidence submitted by the applicant until the RPD is *functus officio*.

This obligation was recently considered by Rouleau J. In *Vinda v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [2002] F.C.J. No. 797 who said:

19 In *Nadarajah (Nadarajah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1993), 151 N.R. 383 (F.C.A.) and *Nadarajah v. Canada (Minister of Employment and Immigration)* (1992), 2 F.C. 394) the Court of Appeal held that the Board is under a continuing obligation to consider evidence proffered by the applicant until the Board is *functus officio*. The respondent challenges that proposition saying that the law has changed since *Tambwe-Lubemba (Tambwe-Lubemba v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (2000), 264 N.R. 382 (F.C.A.)). As I see it, the passage relied upon by the respondent is taken out of context. The applicants in *Tambwe-Lubemba* submitted that the panel hearing their claim should have considered information received by the Refugee Division's document centre after the hearing but before the decision had been rendered. What the Court held was that the panel was under no obligation to consider information that the members had not seen and that was not tendered by the claimants (my emphasis).

et où il n'y avait aucun élément de preuve pour prouver qu'elles avaient été réellement reçues par le défendeur. Dans les circonstances, la Cour a conclu qu'elle devait présumer qu'elles n'avaient pas été reçues et que, par conséquent, aucune erreur n'avait été commise du fait de l'omission d'examiner ces observations. [Soulignement ajouté par la juge Gauthier.]

En l'espèce, le demandeur a eu la confirmation que la SPR avait reçu ces documents qui avaient été livrés par messenger. Je ne puis être d'accord avec le défendeur selon lequel, ayant fait cela, le demandeur était également tenu d'obtenir une autre confirmation que ces documents, correctement déposés auprès de la SPR, avaient vraiment été remis au commissaire qui avait entendu sa demande. Le dossier a été correctement identifié et correctement déposé auprès de la SPR. Il peut être souhaitable que le conseil fasse le suivi afin de veiller à ce qu'il n'y ait pas de délais administratifs inacceptables dans l'acheminement de la documentation, mais l'omission de ce faire ne peut influencer sensiblement sur les droits du demandeur.

Bien que les parties n'aient pas explicitement abordé ce point, l'existence d'une obligation constante d'examiner les éléments de preuve soumis par le demandeur jusqu'à ce que la SPR soit dessaisie est implicite dans l'analyse de l'argument présenté par le demandeur.

Cette obligation a été examinée récemment par le juge Rouleau. Dans la décision *Vinda c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [2002] A.C.F. n° 797, il a déclaré :

19 Dans l'arrêt *Nadarajah (Nadarajah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)* (1993), 151 N.R. 383 (C.A.F.) et *Nadarajah c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1992] 2 C.F. 394, la Cour d'appel a statué que la Commission est assujettie à une obligation constante d'examiner les éléments de preuve présentés par le demandeur jusqu'à ce qu'elle soit dessaisie. Le défendeur conteste cette proposition en soutenant que la règle de droit a changé depuis l'arrêt *Tambwe-Lubemba (Tambwe-Lubemba c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)* (2000), 264 N.R. 382 (C.A.F.)). À mon avis, l'extrait que le défendeur invoque est cité hors contexte. Dans l'arrêt *Tambwe-Lubemba*, les demandeurs ont soutenu que le tribunal qui a entendu leurs revendications aurait dû tenir compte des renseignements que le centre de documentation de la Section du statut de réfugié a reçus après l'audience, mais avant le prononcé de la décision. La Cour a statué que le tribunal n'était pas tenu de prendre en compte les renseignements qui n'avaient pas été portés à la connaissance des membres et que les revendicateurs n'ont pas présentés. [Soulignement ajouté par la juge Gauthier.]

The learned judge then concluded that in neglecting to acknowledge or comment on the additional evidence submitted by the applicant the RPD failed in its duty and acted unfairly.

When it adopted its new Rules (Can. Reg. 2002-228), the RPD dealt with this issue specifically at Rule 37 which sets out some new parameters. The Rule reads as follows:

37(1) Additional documents after the hearing has ended - A party who wants to provide a document as evidence after a hearing must make an application to the Division.

(2) Written application - The party must attach a copy of the document to the application. The application must be made under rule 44, but the party is not required to give evidence in an affidavit or statutory declaration. [Emphasis added by Gauthier J.]

(3) Factors - In deciding the application, the Division must consider any relevant factors, including:

- (a) the document's relevance and probative value;
- (b) any new evidence it brings to the proceedings; and
- (c) whether the party, with reasonable effort, could have provided the document as required by rule 29.

Pursuant to Rule 44, an application must normally be made in writing and it must indicate the decision the party wants the RPD to make and give the reason why it should make that decision. If there is another party (this was not the case) and the views of the party are known, it should also mention whether the other party agrees to the application.

In the particular circumstances of this case, I am satisfied that the applicant's letter of August 5th satisfies the requirement of Rule 37. This means that the RPD had to deal with the applicant's request. It could simply mention in its decision that, having reviewed the letter, it decided not to consider the evidence because of factors listed in Rule 37(3) or it could accept to consider the new evidence and deal with it in its decision. The RPD simply failed to deal with this matter. A breach of procedural fairness can only be overlooked if there is no doubt that it had no material effect on the decision. This is not such a case and I must set the decision aside.

Le juge a ensuite conclu que, en négligeant de reconnaître ou de commenter les éléments de preuve additionnels présentés par le demandeur, la SPR ne s'est pas acquittée de son obligation et elle a agi de façon inéquitable.

Lorsqu'elle a adopté ses nouvelles règles (DORS/2002-228), la SPR a précisément traité de cette question à l'article 37, lequel établit de nouveaux paramètres. Cet article se lit ainsi :

37(1) Documents supplémentaires après l'audience - Pour transmettre après l'audience, un document à la Section pour qu'elle l'admette en preuve, la partie en fait la demande à la Section.

(2) Forme de la demande - La partie fait sa demande selon la règle 44 et y joint une copie du document, mais elle n'a pas à y joindre d'affidavit ou de déclaration solennelle. [Soulignement ajouté par la juge Gauthier.]

(3) Éléments à considérer - Pour statuer sur la demande, la Section prend en considération tout élément pertinent et examine notamment :

- a) la pertinence et la valeur probante du document;
- b) toute preuve nouvelle qu'il apporte;
- c) si la partie aurait pu, en faisant des efforts raisonnables, le transmettre selon la règle 29.

Conformément à l'article 44, une demande est normalement faite par écrit, elle mentionne la décision que la partie recherche de la part de la SPR et elle énonce les raisons pour lesquelles la SPR devrait rendre cette décision. Elle devrait également mentionner si l'autre partie, le cas échéant (ce n'était pas le cas), consent à la demande, dans le cas où on connaît l'opinion de cette autre partie.

Dans les circonstances particulières de l'espèce, je suis convaincue que la lettre du 5 août du demandeur satisfait à l'exigence de l'article 37. Cela signifie que la SPR devait traiter la demande du demandeur. Elle pouvait tout simplement mentionner dans sa décision que, ayant examiné la lettre, elle a décidé de ne pas tenir compte des éléments de preuve en raison des facteurs énumérés au paragraphe 37(3) ou elle pouvait accepter de prendre en compte les nouveaux éléments de preuve et en traiter dans sa décision. La SPR n'a tout simplement pas traité de cette question. On ne peut ignorer un manquement à l'équité procédurale que s'il n'y a aucun doute que cela n'a eu aucun effet important sur la décision. Ce n'est pas le cas en l'espèce et je dois annuler la décision.

[67] The applicant says that the present case is on all fours with paragraph 11 of Justice Gauthier’s decision in *Nagulesan*. He says receipt of his documents was confirmed on 7 March 2011, so that he had no further duty to “obtain a further confirmation that those documents properly filed with the RPD were indeed remitted to the member who heard his claim.” He says that a failure to follow-up cannot affect his rights, which include [at paragraph 12] “a continuing obligation to consider evidence submitted by the applicant until the RPD is *functus officio*.”

[68] This argument simply does not accord with the facts. The applicant had no confirmation that his submissions were received, so he cannot be excused from his obligation to ensure that they were received by the RPD (see *Nagulesan*, at paragraph 11).

[69] It seems to me, however, that the matter is not quite as clear as the applicant says it is. Justice Gauthier’s discussion and conclusion on the jurisprudence includes a reference to the new rules 37 and 44, and she concludes that, on the facts of the case before her, she was “satisfied that the applicant’s letter of August 5th satisfies the requirement of Rule 37. This means that the RPD had to deal with the applicant’s request.” In other words, Justice Gauthier’s decision in *Nagulesan* is premised on the finding that the applicant in that case satisfied rules 37 and 44 on the facts.

[70] The facts before me are very different. In the present case, the RPD authorized the applicant to submit post-hearing materials up to the deadline of 2 March 2011. It did not authorize him to submit new materials beyond that date and, when he did so, the applicant did not, on the facts of this case, comply with rule 37. An attempted courtesy call to find out why the post-hearing materials have not been submitted by the deadline is not, in my view, an indication that the RPD in this case was willing to accept the materials after the deadline and

[67] Le demandeur affirme que la présente affaire est identique à la situation exposée au paragraphe 11 de la décision que madame la juge Gauthier a rendue dans *Nagulesan*. Il affirme que la réception de ses documents a été confirmée le 7 mars 2011, de sorte qu’il n’était nullement tenu « d’obtenir une autre confirmation que ces documents, correctement déposés auprès de la SPR, avaient vraiment été remis au membre qui avait entendu sa demande ». Il précise que l’absence de suivi ne peut toucher ses droits, qui comprennent [au paragraphe 12] « une obligation constante d’examiner les éléments de preuve soumis par le demandeur jusqu’à ce que la SPR soit dessaisie ».

[68] Cet argument ne concorde tout simplement pas avec les faits. Le demandeur n’a obtenu aucune confirmation du fait que ses observations avaient été reçues, de sorte qu’il ne peut être dégagé de son obligation de s’assurer que la SPR les avait reçues (voir *Nagulesan*, au paragraphe 11).

[69] Cependant, il me semble que l’affaire n’est pas aussi claire que le demandeur le soutient. Dans ses commentaires concernant la jurisprudence, madame la juge Gauthier cite les nouvelles règles 37 et 44 des Règles et conclut que, compte tenu des faits portés à son attention, elle était « convaincue que la lettre du 5 août du demandeur satisfait à l’exigence de l’article 37. Cela signifie que la SPR devait traiter la demande du demandeur ». En d’autres termes, la décision que madame la juge Gauthier a rendue dans la décision *Nagulesan* repose sur la conclusion selon laquelle, d’après les faits, le demandeur dans cette affaire avait respecté les exigences des règles 37 et 44 des Règles.

[70] Les faits dont je suis saisi sont très différents. Dans la présente affaire, la SPR a autorisé le demandeur à présenter des documents après l’audience jusqu’à la date limite du 2 mars 2011. Elle ne l’a pas autorisé à déposer de nouveaux documents après cette date et, lorsque le demandeur a déposé ses documents, il n’a pas satisfait aux exigences de la règle 37 des Règles. Un appel de courtoisie visant à savoir pourquoi les documents n’avaient pas été déposés à la date limite fixée ne signifie pas, à mon avis, que la SPR était disposée en

there is no evidence that applicant's counsel even received the call or understood that the materials and submissions would still be accepted.

[71] With regard to the submissions he made after the hearing, the applicant distinguishes documents he submitted as argument and documents submitted as evidence. He concedes that rule 37 applies to the documents that he submitted as evidence. In my view, given that the RPD did not authorize the applicant to submit materials after the 2 March 2011 deadline, the applicant runs afoul of rule 37 with respect to the evidence he submitted after the hearing. To oblige the RPD to consider the additional evidence he submitted, the applicant had to make a request under rule 37, which he did not do.

[72] I do not agree with the applicant that the state of the law is that late or unsolicited materials must always be considered by the RPD if they are received before reasons are signed, notwithstanding non-compliance with the Rules. *Avci*, above, stands for the proposition that the RPD is not *functus officio* until its reasons are finalized, either by oral delivery or by signature on written reasons. However, *Avci* was decided under the old Act and without the benefit of rules 37 and 44 of the Rules. I do not see how a case decided under the *Immigration Act*, R.S.C., 1985, c. I-2, can establish that compliance with the Regulations established under the Act need not be followed. In addition, as Justice Gauthier pointed out in *Nagulesan*, above, the Minister in *Avci*, above, had conceded that if the RPD was not *functus officio* it had breached its duty of fairness when it failed to consider or to refer in its reasons to the material submitted by Mr. Avci. The [Federal] Court of Appeal indicated that it did not disagree with this conclusion, and on that basis it set aside the decision of the RPD. In the present case, there is no such concession by the Minister. On the facts of this case, the Minister says that the applicant cannot unilaterally extend a deadline and that, given the actual sequence of events, no unfairness occurred because the applicant was granted a full opportunity to submit any evidence or argument that he thought would assist him.

l'espèce à accepter les documents après le délai et rien ne prouve que l'avocate du demandeur a reçu l'appel ou compris que les documents et observations seraient encore acceptés.

[71] En ce qui concerne les observations qu'il a présentées après l'audience, le demandeur fait une distinction entre les documents qu'il a déposés à titre d'arguments et ceux qu'il a présentés à titre d'éléments de preuve. Il admet que la règle 37 des Règles s'applique aux documents qu'il a déposés à titre d'éléments de preuve. À mon avis, étant donné que la SPR ne l'a pas autorisé à déposer des documents après la date limite du 2 mars 2011, le demandeur n'a pas respecté la règle 37 en ce qui a trait à la preuve qu'il a présentée après l'audience. Afin de contraindre la SPR à examiner la preuve supplémentaire qu'il avait présentée, le demandeur devait présenter une demande fondée sur la règle 37, ce qu'il n'a pas fait.

[72] Contrairement à ce que le demandeur fait valoir, je ne crois pas que la SPR doive toujours examiner les documents non sollicités ou déposés tardivement s'ils sont reçus avant que les motifs soient signés, malgré le fait que les Règles n'ont pas été respectées. La décision *Avci*, précitée, permet de dire que la SPR n'est pas dessaisie tant que ses motifs ne sont pas finalisés, que ce soit par le prononcé verbal de ceux-ci ou par la signature des motifs écrits. Cependant, la décision *Avci* a été rendue sous le régime de l'ancienne loi, alors que les règles 37 et 44 des Règles n'étaient pas en vigueur. Je ne puis voir comment une décision fondée sur la *Loi sur l'immigration*, L.R.C. (1985), ch. I-2, permet de dire qu'il n'est pas nécessaire de respecter un règlement pris en application de cette loi. De plus, comme madame la juge Gauthier l'a souligné dans la décision *Nagulesan*, le ministre avait admis dans la décision *Avci* que, si la SPR n'était pas dessaisie, elle avait manqué à son devoir d'équité lorsqu'elle a omis d'examiner les documents présentés par M. Avci ou d'y faire référence dans ses motifs. La Cour d'appel [fédérale] a mentionné qu'elle ne s'opposait pas à cette conclusion et, sur ce fondement, elle a annulé la décision de la SPR. Dans la présente affaire, le ministre n'a fait aucune admission de cette nature. D'après les faits mis en preuve, le ministre affirme que le demandeur ne peut proroger unilatéralement un délai et que, compte tenu des événements survenus,

[73] As the applicant points out, rule 37 of the Rules clearly applies to documents submitted after the hearing “as evidence”. Unfortunately, there is a lacuna in the Rules with respect to additional submissions made after the hearing as argument. There is no rule that says argument can or cannot be made after the hearing. Also, we have the RPD’s well-established practice of accepting post-hearing submissions. Procedural fairness includes “an opportunity for those affected by the decision to put forward their views and evidence fully and have them considered by the decision-maker” that a decision maker consider submissions made (*Baker* [*Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817], at paragraph 22). It seems to me that this principle must extend to materials, including counsel’s submissions, submitted in the course of a refugee hearing.

[74] The respondent refers to rule 29 of the Rules and says that this section requires the RPD to consider whether the submissions could have been submitted in compliance with rule 29 with reasonable effort. Looking at the wording of rule 29, however, I do not think it can apply in this situation. That rule reads as follows:

Disclosure of documents by a party      **29.** (1) If a party wants to use a document at a hearing, the party must provide one copy to any other party and two copies to the Division, unless these Rules require a different number of copies.

Disclosure of documents by the Division      (2) If the Division wants to use a document at a hearing, the Division must provide a copy to each party.

Proof that document was provided      (3) Together with the copies provided to the Division, the party must provide a written statement of how and when a copy was provided to any other party.

aucun manquement à l’équité n’a été commis, parce que le demandeur a eu toute la latitude voulue pour présenter les éléments de preuve et les arguments qu’il jugeait utiles à sa cause.

[73] Comme le demandeur le souligne, la règle 37 des Règles s’applique indéniablement aux documents transmis après l’audience « en preuve ». Malheureusement, il y a une lacune dans les Règles en ce qui concerne les documents supplémentaires présentés après l’audience à titre d’arguments. Aucune disposition des Règles ne permet ou n’interdit la présentation d’arguments après l’audience. De plus, la pratique bien établie de la SPR consiste à accepter les observations postérieures à l’audience. Le devoir d’équité procédurale comprend « la possibilité donnée aux personnes visées par la décision de présenter leurs points de vue complètement ainsi que des éléments de preuve de sorte qu’ils soient considérés par le décideur » (*Baker* [*Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817], au paragraphe 22). Il me semble que ce principe doit s’appliquer aux documents, y compris les observations des avocats, présentés au cours d’une audience relative à une demande d’asile.

[74] Le défendeur cite la règle 29 des Règles et soutient que cette disposition oblige la SPR à se demander si le demandeur aurait pu, en faisant des efforts raisonnables, transmettre les observations selon la règle 29. Cependant, je ne crois pas que la règle 29, dont le texte est reproduit ci-dessous, s’applique à la présente situation :

**29.** (1) Pour utiliser un document à l’audience, la partie en transmet une copie à l’autre partie, le cas échéant, et deux copies à la Section, sauf si les présentes règles exigent un nombre différent de copies.      Communication de documents par une partie

(2) Pour utiliser un document à l’audience, la Section en transmet une copie aux parties.      Communication de documents par la Section

(3) En même temps qu’elle transmet les copies à la Section, la partie lui transmet également une déclaration écrite indiquant à quel moment et de quelle façon elle en a transmis une copie à l’autre partie, le cas échéant.      Preuve de transmission

[75] It seems to me that rule 29 clearly refers to a document used at a hearing; given that rule 27 refers to a document in a proceeding, there must be a distinction between documents generally and documents used at the hearing. In this case, the applicant's additional submissions—as argument—were not intended to be used at the hearing. Though they were documents used in the proceeding, they were clearly submitted and intended to be used by the RPD after the hearing. In my view, then, rule 29 of the Rules does not apply in this case.

[76] I think it is also clear that the RPD is justified in setting a deadline for submissions with actual consequences. One of the purposes of the Act is:

3. ...

Objectives—  
refugees

(2) ...

(e) to establish fair and efficient procedures that will maintain the integrity of the Canadian refugee protection system, while upholding Canada's respect for the human rights and fundamental freedoms of all human beings;

[77] Further, the Federal Court of Appeal held in *Tahmourpour v. Canada (Solicitor General)*, 2005 FCA 113, 27 Admin. L.R. (4th) 315, at paragraph 7:

A reviewing court owes no deference in determining the fairness of an administrative agency's process: *Canadian Union of Public Employees v. Ontario (Minister of Labour)*, [2003] 1 S.C.R. 539, 2003 SCC 29, at para. 100. Nonetheless, the court will not second guess procedural choices made in the exercise of the agency's discretion which comply with the duty of fairness.

[78] In addition, the Federal Court of Appeal held, at paragraph 7 of *Uniboard Surfaces Inc. v. Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG*, 2006 FCA 398, [2007] 4 F.C.R. 101, that:

The duty of procedural fairness is better described by its objective—which is essentially to ensure that a party is given a

[75] Il me semble que la règle 29 renvoie indéniablement à un document utilisé à l'audience; étant donné que la règle 27 traite d'un document utilisé dans une procédure, il doit y avoir une distinction entre les documents au sens général et les documents utilisés à l'audience. Dans la présente affaire, les observations supplémentaires que le demandeur a fait parvenir à titre d'arguments n'étaient pas destinées à être utilisées à l'audience. Même s'il s'agissait de documents utilisés dans la procédure, il est évident qu'ils ont été déposés et étaient destinés à être utilisés par la SPR après l'audience. En conséquence, à mon avis, la règle 29 des Règles ne s'applique pas à la présente affaire.

[76] Il m'apparaît également évident que la SPR a des raisons valables de fixer une date limite pour le dépôt d'observations et de déterminer les conséquences connexes. La Loi a notamment pour objet :

3. [...]

(2) [...]

e) de mettre en place une procédure équitable et efficace qui soit respectueuse, d'une part, de l'intégrité du processus canadien d'asile et, d'autre part, des droits et des libertés fondamentales reconnus à tout être humain;

[77] De plus, dans l'arrêt *Tahmourpour c. Canada (Solliciteur général)*, 2005 CAF 113, la Cour d'appel fédérale a formulé la conclusion suivante au paragraphe 7 :

Une cour de révision n'a pas à faire preuve de déférence dans la détermination de l'équité procédurale d'un organisme administratif : *Syndicat canadien de la fonction publique c. Ontario (Ministre du Travail)*, [2003] 1 R.C.S. 539, 2003 CSC 29, paragraphe 100. Pourtant, la cour ne remettra pas en question les choix en matière de procédure qui sont faits dans le cadre de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'organisme et qui respectent l'obligation d'équité.

[78] Qui plus est, dans l'arrêt *Uniboard Surfaces Inc. c. Kronotex Fussboden GmbH and Co. KG*, 2006 CAF 398, [2007] 4 R.C.F. 101, la Cour d'appel fédérale en est arrivée à la conclusion suivante au paragraphe 7 :

Pour bien cerner le contenu de l'obligation d'équité procédurale, il est plus facile d'en rappeler l'objectif, qui consiste

Objet relatif  
aux réfugiés

meaningful opportunity in a given context to present its case fully and fairly -- than by the means through which the objective is to be achieved for the simple reason that those means will depend on an appreciation of the context of the particular statute and the rights affected (see *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817, at paragraph 22). There is no rigid test or formula. There is no list of items to be checked out. The duty, to use the words of a former era, is to ensure fair play in action.

[79] I do not think that setting a deadline for submissions in this case deprived the applicant of a full opportunity to present his case. The RPD was diligent in processing his case and followed up with counsel when it appeared as though no submissions were going to be made. Though strong procedural protections are required in refugee cases, this does not mean that the RPD has to accommodate unilateral decisions made by applicants to disregard the rules and deadlines.

[80] An applicant has the right to make submissions until a decision is made, but where a reasonable deadline is set for post-hearing submissions an applicant cannot, in my view, disregard the deadline for no apparent reason and then make submissions at a time and in a way that suits his or her own convenience. There was nothing to prevent the applicant and his counsel in the present case from contacting the RPD to explain the delay and to request a brief extension. The fact that the applicant chose not to do this means that he must have assumed the risk that his late submissions would not be considered by the RPD for one reason or another. He now seeks to unilaterally award himself the right to extend the deadline without consent or warning. He took the chance that his post-hearing submissions would not be considered by the RPD but says that because they were simply stamped “Received” before the decision was rendered makes all the difference. Even if the RPD could not reasonably have been made aware of that receipt, he says the RPD had an obligation to consider his late submissions and that its failure to do so deprived him of procedural fairness.

essentiellement à s’assurer qu’une partie a réellement la possibilité, dans un contexte donné, de faire valoir son point de vue complètement et équitablement—plutôt que de se concentrer sur les moyens utilisés pour atteindre cet objectif, pour la simple raison que les moyens employés dépendent de l’appréciation du contexte de la loi particulière et des droits visés (voir l’arrêt *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817, au paragraphe 22). Il n’y a pas de critère ou de formule rigides. Il n’y a pas de liste d’éléments à cocher. Pour reprendre une formule un peu surannée, l’obligation d’équité consiste à s’assurer que l’on « joue franc jeu ».

[79] Je ne crois pas que la fixation d’une date limite pour la transmission d’observations dans la présente affaire a privé le demandeur de la possibilité de présenter son point de vue complètement. La SPR a fait preuve de diligence dans le traitement de la cause du demandeur et a fait un suivi auprès de l’avocate lorsqu’il lui a semblé qu’aucune observation ne serait reçue. Même si de solides mesures de protection procédurale sont nécessaires dans les affaires touchant les réfugiés, cela ne signifie pas que la SPR doit accommoder les demandeurs lorsqu’ils décident unilatéralement de ne pas tenir compte des règles et des délais.

[80] Les demandeurs ont le droit de présenter des observations jusqu’à ce qu’une décision soit prise; cependant, lorsqu’un délai raisonnable est fixé pour la présentation d’observations après l’audience, les demandeurs ne peuvent, à mon sens, ignorer le délai sans raison apparente et faire parvenir subséquentement des observations au moment et de la façon qui leur conviennent. Rien n’empêchait le demandeur et son avocate dans la présente affaire de communiquer avec la SPR pour expliquer le délai et pour demander une courte prorogation. En choisissant de ne pas procéder de cette façon, le demandeur a forcément accepté le risque que la SPR n’examine pas ses observations tardives pour une raison ou pour une autre. Le demandeur cherche maintenant unilatéralement à se prévaloir du droit de proroger le délai sans consentement ni avertissement. Il a pris le risque que la SPR n’examine pas ses observations postérieures à l’audience, mais il affirme que, étant donné que l’estampille de réception a été apposée sur celles-ci avant que la décision soit rendue, la situation devient différente. Malgré le fait que la SPR n’aurait pu raisonnablement être mise au courant de cette réception,



[81] In the absence of a specific rule that either forbids the submission of argument outside of a post-hearing deadline or which permits any submission irrespective of whether an applicant acts reasonably or not, I think I have to ask myself whether, on the facts of this case, this applicant was denied a full and fair opportunity to make his case. I think he was not denied that opportunity because:

- a. He was given a full and fair hearing;
- b. He was granted an additional opportunity to submit further post-hearing evidence and argument by a reasonable deadline;
- c. Having missed the deadline for no reason that he cares to explain, he had every opportunity to contact the RPD to discuss an extension and/or alert the panel to his late submissions and he failed to do either for reasons he does not care to explain.

[82] On the facts of this case, the applicant is saying that procedural fairness requires that he be allowed to make post-hearing submissions at a time of his own choosing and without any need to alert the RPD that he has decided to disregard the deadline and/or that he has made submissions outside the deadline.

[83] I do not see that any of the cases cited by the applicant, including *Avcı*, provide authority for this position.

[84] I also do not see how the RPD's courtesy call can be taken as authorizing additional submissions. The RPD was trying to find out why submissions had not been made by the deadline. This does not mean that the RPD was authorizing submissions beyond the deadline.

il affirme qu'elle avait l'obligation de tenir compte de ses observations présentées tardivement et que, en omettant de le faire, elle l'a privé de son droit à l'équité procédurale.

[81] En l'absence d'une règle précise qui interdit la présentation d'arguments après un délai postérieur à l'audience ou qui permet la présentation de toute observation, que la partie concernée agisse de manière raisonnable ou non, je dois me demander si, eu égard aux faits mis en preuve en l'espèce, le demandeur s'est vu refuser la possibilité de faire valoir son point de vue complètement et équitablement. Je suis d'avis que cette possibilité ne lui a pas été refusée, pour les raisons suivantes :

- a. il a bénéficié d'une audience complète et impartiale;
- b. il a obtenu une autre possibilité de présenter des éléments de preuve et des arguments après l'audience, pourvu qu'il respecte un délai raisonnable fixé à cet égard;
- c. ayant raté l'échéance pour une raison qu'il n'a pas pris la peine d'expliquer, il avait toute la latitude voulue pour communiquer avec la SPR et discuter d'une prorogation ou pour la prévenir du dépôt tardif de ses observations et il ne l'a pas fait, ni n'a expliqué pourquoi.

[82] D'après les faits mis en preuve en l'espèce, le demandeur affirme qu'au nom de l'équité procédurale, il doit être autorisé à présenter des observations postérieures à l'audience au moment de son choix sans être tenu de prévenir la SPR qu'il a décidé de ne pas respecter la date limite ou qu'il a fait parvenir des observations après la date fixée.

[83] À mon avis, aucune des décisions que le demandeur a invoquées, y compris l'arrêt *Avcı*, n'appuie cette position.

[84] Je ne vois pas non plus pourquoi l'appel de courtoisie de la SPR pourrait être considéré comme une mesure autorisant la présentation d'observations supplémentaires. La SPR cherchait simplement à savoir pourquoi les observations n'avaient pas été déposées à la date limite.

Cela ne signifie pas pour autant qu'elle autorisait la présentation d'observations après l'échéance.

### Credibility

[85] The applicant says that the RPD made an unreasonable plausibility finding in concluding that it would be improbable that he would return to Iran just to be with his adult son. He invokes the words of Justice Hugessen in *Samani*, above, at paragraph 4, by way of analogy:

It is never particularly persuasive to say that an action is implausible simply because it might be dangerous for a politically committed person.

[86] The applicant says that the bond between parent and child is not any less strong than a political opinion, and is such that to find that parents will not face danger to be reunited with their children is an unreasonable basis to reject credibility.

[87] I note that the RPD's findings on this matter are an important part of its general negative credibility findings. In addition to the applicant's reavilment to Iran, the RPD relies upon the delay in departure, and his delay in claiming once he arrived in Canada. The cumulative impact of these factors is what led the RPD to decide against the applicant. For example, in regard to the delay in departure, the RPD says that "given the other concerns in regard to credibility, the Panel does not accept the claimant's explanation". The implausibility finding regarding the son is therefore important in its own right and it also feeds the other negative credibility findings.

[88] The applicant had explained that his youngest son was alone in Iran and that it is very difficult for single men to live alone in that country because of how the culture views and treats them. This changed when

### Crédibilité

[85] Le demandeur soutient que la SPR a tiré une conclusion déraisonnable au sujet de la vraisemblance en décidant qu'il était peu probable qu'il soit retourné en Iran simplement pour être avec son fils adulte. Il invoque les commentaires que le juge Hugessen a formulés dans la décision *Samani*, précitée, au paragraphe 4, à titre d'analogie :

L'argument voulant qu'une action soit invraisemblable simplement parce qu'elle peut se révéler dangereuse pour celui qui la commet par engagement politique, n'a jamais été particulièrement convaincante [*sic*].

[86] Le demandeur affirme que le lien parent-enfant est aussi fort que l'opinion politique, de sorte qu'il n'est pas raisonnable de conclure à l'absence de crédibilité au motif que les parents ne sont pas prêts à s'exposer à un danger afin de rejoindre leurs enfants.

[87] Je souligne que les conclusions de la SPR à cet égard représentent une partie importante des conclusions défavorables générales qu'elle a formulées au sujet de la crédibilité. En plus du fait que le demandeur s'est réclamé à nouveau de la protection de l'État en Iran, la SPR invoque le délai lié à son départ et le retard qu'il a mis à présenter sa demande d'asile après son arrivée au Canada. C'est l'effet cumulatif de ces facteurs qui a incité la SPR à en arriver à une décision défavorable au demandeur. Ainsi, en ce qui a trait au temps que le demandeur a mis avant de quitter l'Iran, la SPR souligne ce qui suit : « Compte tenu des autres préoccupations concernant la crédibilité du demandeur d'asile, le tribunal n'accepte pas cette explication de ce dernier ». La conclusion d'invraisemblance au sujet du fils est donc importante en soi et alimente aussi les autres conclusions défavorables au sujet de la crédibilité.

[88] Le demandeur avait expliqué que son fils cadet était seul en Iran et qu'il était très difficile pour les hommes célibataires de vivre seuls dans ce pays, en raison de la façon dont la culture les perçoit et les traite.

his son married and allowed the applicant to make his escape to Canada. In my view, there is nothing inherently implausible in what the applicant did in returning to Iran to support his single son even in the face of danger. When it comes to what parents will face in order to support their children, matters are very subjective and personal.

[89] I would not interfere with this implausibility finding if it was not such a significant part of the overall credibility determination. Given its pivotal role, I think the RPD should have explored the issue further and provided more justification than it has for its conclusions on point. Its assessment has to be objective and reasonable but a decision to face danger in order to protect an isolated child is, in my view, plausible depending upon the personality and beliefs of the person involved. I think it would have been easy enough for the RPD to elicit from the applicant the details of what the son was facing in Iran in order to determine whether it was reasonable for the applicant to place himself in danger in order to support and/or protect his child. The CTR shows that the applicant specifically asked the RPD not to look at this issue from the perspective of Canadian society, but “to look at things through Iranian [*sic*]. A 20 year old might be considered an adult in Canada, but an [*sic*] Iran even older age, children rely on their parents”.

[90] I see no indication that the RPD addressed this cultural issue in a reasonable way. The conduct of an applicant cannot be reasonably assessed by applying Canadian norms and cultural assumptions to foreign cultures (see *Valtchev v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2001 FCT 776, 208 F.T.R. 267, at paragraph 7; *Dong v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, 2006 FC 314, at paragraph 3; and *Yin v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2010 FC 544, at paragraph 44).

[91] Counsel agree there is no issue for certification and the Court concurs.

Cette situation a changé lorsque le fils s’est marié, ce qui a permis au demandeur de s’enfuir au Canada. À mon avis, le fait que le demandeur soit retourné en Iran afin de soutenir son fils qui vivait seul, malgré l’existence d’un danger, n’est pas invraisemblable en soi. La question des risques que les parents sont prêts à accepter pour venir en aide à leurs enfants est une question très subjective et personnelle.

[89] Je ne modifierais pas cette conclusion d’invraisemblance si elle ne constituait pas une partie aussi importante de la conclusion générale relative à la crédibilité. Compte tenu du rôle déterminant de cet aspect, j’estime que la SPR aurait dû explorer la question plus à fond et justifier davantage ses conclusions sur ce point. Son appréciation doit être objective et raisonnable, mais il m’apparaît plausible qu’une personne décide de s’exposer à un danger afin de protéger un enfant isolé, selon la personnalité et les convictions de la personne concernée. À mon avis, il aurait été relativement aisé de la part de la SPR d’obtenir du demandeur une description précise de la situation dans laquelle son fils se trouvait en Iran afin de savoir s’il était raisonnable de sa part de s’exposer à un danger pour soutenir et protéger celui-ci. Il appert du DCT que le demandeur a explicitement demandé à la SPR de ne pas examiner cette question du point de vue de la société canadienne, mais [TRADUCTION] « avec les yeux d’un Iranien. Un jeune de 20 ans est peut-être considéré comme un adulte au Canada, mais un enfant iranien, même plus âgé, compte sur ses parents ».

[90] Je ne vois aucun élément du dossier montrant que la SPR a examiné cette question culturelle de manière raisonnable. Il n’est pas possible d’apprécier raisonnablement la conduite d’un demandeur en appliquant les normes et hypothèses culturelles canadiennes aux cultures étrangères (voir *Valtchev c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2001 CFPI 776, au paragraphe 7; *Dong c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration)*, 2006 CF 314, au paragraphe 3; et *Yin c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2010 CF 544, au paragraphe 44).

[91] Les avocats conviennent qu’il n’y a aucune question à faire certifier et la Cour est d’accord.

## JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. The application is allowed. The decision is quashed and the matter is returned for reconsideration by a differently constituted RPD.
2. There is no question for certification.

## JUGEMENT

LA COUR STATUE :

1. La demande est accueillie. La décision est annulée et renvoyée à un tribunal différemment constitué pour réexamen.
2. Il n'y a aucune question à certifier.

2013 FC 525  
T-619-12

2013 CF 525  
T-619-12

**Sandra McEwing and Bill Kerr** (*Applicants*)

**Sandra McEwing et Bill Kerr** (*demandeurs*)

v.

c.

**Attorney General of Canada, Marc Mayrand (the Chief Electoral Officer), Johanna Gail Denesiuk (Returning Officer for Winnipeg South Centre), Joyce Bateman, Anita Neville, Dennis Lewycky, Joshua McNeil, Lyndon B. Froese, Matt Henderson** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada, Marc Mayrand (directeur général des élections), Johanna Gail Denesiuk (directrice du scrutin de Winnipeg-Sud-Centre), Joyce Bateman, Anita Neville, Dennis Lewycky, Joshua McNeil, Lyndon B. Froese, Matt Henderson** (*défendeurs*)

T-620-12

T-620-12

**Kay Burkhart** (*Applicant*)

**Kay Burkhart** (*demanderesse*)

v.

c.

**Attorney General of Canada, Marc Mayrand (the Chief Electoral Officer), Dianne Celestine Zimmerman (Returning Officer for Saskatoon–Rosetown–Biggar), Kelly Block, Lee Reaney, Vicki Strelieff, Nettie Wiebe** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada, Marc Mayrand (directeur général des élections), Dianne Celestine Zimmerman (directrice du scrutin de Saskatoon–Rosetown–Biggar), Kelly Block, Lee Reaney, Vicki Strelieff, Nettie Wiebe** (*défendeurs*)

T-621-12

T-621-12

**Jeff Reid** (*Applicant*)

**Jeff Reid** (*demandeur*)

v.

c.

**Attorney General of Canada, Marc Mayrand (the Chief Electoral Officer), Laurel Dupont (Returning Officer for Elmwood–Transcona), Jim Maloway, Iona Niemczyk, Lawrence Toet, Ellen Young** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada, Marc Mayrand (directeur général des élections), Laurel Dupont (directrice du scrutin d’Elmwood–Transcona), Jim Maloway, Iona Niemczyk, Lawrence Toet, Ellen Young** (*défendeurs*)

T-633-12

T-633-12

**Ken Ferance and Peggy Walsh Craig** (*Applicants*)

**Ken Ferance et Peggy Walsh Craig** (*demandeurs*)

v.

c.

**Attorney General of Canada, Marc Mayrand (the Chief Electoral Officer), Dianne James Mallory**

**Le procureur général du Canada, Marc Mayrand (directeur général des élections), Dianne James**

**(Returning Officer for Nipissing–Timiskaming), Jay Aspin, Scott Edward Daley, Rona Eckert, Anthony Rota** (*Respondents*)

T-634-12

**Yvonne Kafka** (*Applicant*)

v.

**Attorney General of Canada, Marc Mayrand (the Chief Electoral Officer), Alexander Gordon (Returning Officer for Vancouver Island North), John Duncan, Mike Holland, Ronna-Rae Leonard, Sue Moen, Frank Martin, Jason Draper** (*Respondents*)

T-635-12

**Thomas John Parlee** (*Applicant*)

v.

**Attorney General of Canada, Marc Mayrand (the Chief Electoral Officer), Susan J. Edelman (Returning Officer for Yukon), Ryan Leef, Larry Bagnell, Kevin Barr, John Streicker** (*Respondents*)

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

Federal Court, Mosley, J.—Ottawa, December 10 to 17, 2012 and May 23, 2013.

*Elections — Applications seeking annulment of 2011 general election results in six electoral districts because of efforts to suppress votes — Elections Canada receiving complaints about automated messages advising of changes to voting locations — Elections Canada investigator deposing that calls wilfully preventing or endeavouring to prevent electors from voting contrary to Canada Elections Act, s. 281(g), that offences committed contrary to Act, ss. 491(3)(d), 482(b) — Applicants contending results may be annulled where doubt cast upon true winner or integrity of elections questioned — Principal issue effect of calls on election results in subject ridings, whether outcome therein should be annulled — Meaning of “fraud” in Act, s. 524(1)(b) not limited to definitions of offences in Act, Part 19 — Not necessary to satisfy elements of criminal offences to establish fraud within meaning of Act — Sufficient to show voter at risk of being deprived of right to vote — Threshold to establish fraud occurred*

**Mallory (directrice du scrutin de Nipissing–Timiskaming), Jay Aspin, Scott Edward Daley, Rona Eckert, Anthony Rota** (*défendeurs*)

T-634-12

**Yvonne Kafka** (*demanderesse*)

c.

**Le procureur général du Canada, Marc Mayrand (directeur général des élections), Alexander Gordon (directeur du scrutin de l’Île de Vancouver Nord), John Duncan, Mike Holland, Ronna-Rae Leonard, Sue Moen, Frank Martin, Jason Draper** (*défendeurs*)

T-635-12

**Thomas John Parlee** (*demandeur*)

c.

**Le procureur général du Canada, Marc Mayrand (directeur général des élections), Susan J. Edelman (directrice du scrutin du Yukon), Ryan Leef, Larry Bagnell, Kevin Barr, John Streicker** (*défendeurs*)

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

Cour fédérale, juge Mosley—Ottawa, 10 au 17 décembre 2012 et 23 mai 2013.

*Élections — Demandes visant à faire annuler les résultats des élections générales fédérales de 2011 dans six circonscriptions électorales, en raison de manœuvres de neutralisation de la participation électorale — Élections Canada a reçu des plaintes selon lesquelles des messages automatisés avaient été faits auprès des électeurs pour les aviser du changement de l’emplacement des bureaux de scrutin — Un enquêteur d’Élections Canada a affirmé que les personnes à l’origine des appels ont délibérément empêché ou tenté d’empêcher des électeurs de voter, contrairement à l’art. 281g) de la Loi électorale du Canada, et que des infractions aux art. 491(3)d) et 482b) de la Loi ont été commises — Les demandeurs soutiennent que les résultats peuvent être annulés lorsqu’un doute peut être jeté sur l’identité du véritable vainqueur de l’élection ou que l’intégrité du processus électoral est remise en question — Il s’agissait principalement de déterminer l’effet des appels sur les résultats des élections dans les circonscriptions en*

*met by applicants herein — However, no evidence showing voter suppression successful — Fraud also not calling into question integrity of elections — Results therefore not annulled — Applications dismissed.*

*Practice — Limitation of Actions — Applications to annul results of 2011 general election in six electoral districts — Whether applications statute-barred — Not clear when applicants becoming aware of misrepresentations — Time limitations required to bar frivolous applications to annul elections — However, hearing not to be denied on technical, procedural ground where electoral fraud alleged.*

*Torts — Maintenance and champerty — Applications to annul results of 2011 general election in six electoral districts — Whether maintenance, champerty on part of non-governmental organization for supporting applicants — Maintenance, champerty inconsistent with role of non-governmental organizations in facilitating access to justice — Applicants having no prospect of financial reward, issues of broad public interest at stake — Contesting election not abuse of process where fraud alleged.*

These were applications brought under Part 20 of the *Canada Elections Act* seeking the annulment of the results of the 2011 general election in six electoral districts because of efforts to suppress votes.

Elections Canada received complaints from electors about misleading and harassing telephone calls both before and during election day. The complaints referred to automated messages purportedly from Elections Canada and advising certain electors of changes to voting locations. The matter attracted public attention when the media found that a production order had been filed in court by an Elections Canada

*cause et si ces résultats devraient être annulés — Le sens de la « fraude » visée à l'art. 524(1)b de la Loi ne se restreint pas à la définition des infractions de la partie 19 de la Loi — Il n'est pas nécessaire de démontrer l'existence des éléments d'une infraction pénale pour qu'il soit établi qu'il y a bien eu fraude, au sens de la Loi — Il suffit de démontrer que le risque qu'un électeur soit privé de voter a été créé — Les demandeurs en l'espèce ont satisfait aux critères permettant d'établir la fraude — Cependant, ils ne disposaient d'aucune preuve de la réussite des efforts de suppression de votes consentis — De plus, la fraude ne fait pas douter de l'intégrité des élections — Par conséquent, les résultats ne sont pas annulés — Demandes rejetées.*

*Pratique — Prescription — Demandes visant l'annulation des élections générales fédérales de 2011 dans six circonscriptions électorales — Il s'agissait de savoir si les demandes sont prescrites — La preuve n'indique pas clairement à quel moment les demandeurs ont été mis au courant des informations mensongères — Il est nécessaire d'assurer le respect des délais prescrits afin de dissuader quiconque de présenter à la légère une demande frivole visant à faire annuler le résultat d'une élection — Cependant, en cas d'allégation de fraude, il ne faut pas refuser au demandeur le droit de se faire entendre pour un motif qui peut sembler technique ou procédural.*

*Responsabilité délictuelle — Soutien délictueux et champartie — Demandes visant l'annulation des résultats des élections générales fédérales de 2011 dans six circonscriptions électorales — Il s'agissait de savoir s'il y a eu soutien délictueux et champartie de la part d'une organisation non gouvernementale qui avait offert son soutien aux demandeurs — Le soutien délictueux et la champartie sont incompatibles avec le rôle des organisations non gouvernementales visant à faciliter l'accès à la justice — Les demandeurs n'ont aucune possibilité de tirer un gain financier des procédures qu'ils ont engagées, et des questions d'intérêt public général sont en jeu — Un électeur n'utilise pas les procédures de la Cour de façon abusive lorsqu'il présente une requête pour contester une élection dans les cas où il y a allégation de fraude.*

Il s'agissait de demandes visant à faire annuler les résultats des élections générales fédérales de 2011 dans six circonscriptions électorales, conformément à la partie 20 de la *Loi électorale du Canada*, en raison de manœuvres de neutralisation de la participation électorale.

Élections Canada a reçu des plaintes d'électeurs concernant des appels téléphoniques de nature trompeuse et harcelante, tant avant que pendant le jour de l'élection. Les plaintes avaient trait à des messages automatisés prétendument d'Élections Canada et avisant certains électeurs du changement de l'emplacement des bureaux de scrutin. La question a attiré l'attention du public lorsque des journalistes ont trouvé

investigator to obtain records from a voice broadcasting vendor under contract to the Conservative Party of Canada (CPC) in relation to those complaints. The investigator deposed that Elections Canada did not make the calls in question; that the assertion that the location of polling stations had been changed was untrue; and that the calls wilfully prevented or endeavoured to prevent electors from voting contrary to paragraph 281(g) of the Act, resulting in offences that were committed contrary to paragraphs 491(3)(d) and 482(b) of the Act.

The applicants contended that the election results may be annulled either where the number of impugned votes is sufficient to cast doubt upon the true winner or where the fraudulent activities are such as to call into question the integrity of the electoral process. The applicants also argued that the election may be annulled if fraud casts doubt on its integrity even if the fraud does not raise doubts as to the true winner. The respondents submitted, *inter alia*, that criminal investigations and controverted validity applications in relation to an election should proceed sequentially, and that the meaning of fraud within paragraph 524(1)(b) of the Act must be derived from the *Criminal Code* offence or the elements of the offence set out in paragraph 482(b), which would require proof of a factual and a mental element.

The principal issue to be determined was the effect the calls had on the election results in the subject ridings and whether, if the calls affected the result in one or more of the ridings or called into question the integrity of the electoral process, the outcome in those ridings should be annulled. Also addressed were the issues of whether, *inter alia*, there was maintenance and champerty on the part of a non-governmental organization for supporting the applicants and whether the applications were statute-barred.

*Held*, the applications should be dismissed.

The applicants met the threshold to establish that fraud had occurred during the election but it was not established that the fraud affected the outcomes in the subject ridings or had a major impact on the credibility of the vote. The results in those districts were therefore not annulled. Applications to annul an election may be brought at the same time that an investigation into possible violations of the Act is conducted by the Commissioner of Canada Elections. This conclusion is supported by the requirement in subsection 525(3) of the

dans le dossier d'un tribunal qu'une ordonnance de communication avait été sollicitée par un enquêteur d'Élections Canada en vue d'obtenir des documents d'un fournisseur vocal qui avait conclu un contrat d'exclusivité avec le Parti conservateur du Canada (PCC) relativement à ces plaintes. L'enquêteur a soutenu qu'Élections Canada n'avait pas fait les appels en question, que l'affirmation selon laquelle l'adresse des bureaux de vote avait été changée était fausse, et que les personnes qui avaient effectué ces appels avaient volontairement empêché ou s'étaient efforcées d'empêcher les électeurs de voter, contrairement à l'alinéa 281(g) de la Loi, et que des infractions allant à l'encontre des alinéas 491(3)(d) et 482(b) de la Loi avaient été commises.

Les demandeurs ont fait valoir que la Cour peut faire annuler l'élection lorsque le nombre de votes contestés est suffisant pour jeter un doute sur l'identité véritable du vainqueur de l'élection, ou lorsque les irrégularités sont telles qu'elles remettent en question l'intégrité du processus électoral. Les demandeurs ont également soutenu que l'élection peut être annulée lorsque la fraude remet en question l'intégrité de celle-ci, même si elle ne soulève pas de doute sur l'identité du véritable vainqueur. Les défendeurs ont affirmé notamment que les enquêtes criminelles et les demandes visant à contester une élection devraient se dérouler à tour de rôle, et que le sens à donner à la notion de fraude à l'alinéa 524(1)(b) de la Loi doit être dégagé de l'infraction visée au *Code criminel* ou des éléments de l'infraction énoncés à l'alinéa 482(b), ce qui requerrait la preuve tant de l'élément matériel que de l'élément mental.

La principale question à trancher consistait à établir l'effet des appels sur les résultats des élections dans les circonscriptions en cause et, advenant que les appels ont influé sur le résultat de l'élection dans l'une ou l'autre des circonscriptions ou qu'ils ont eu pour conséquence que l'intégrité du processus électoral a été mise en doute, il s'agissait de déterminer si les résultats dans ces circonscriptions devraient être annulés. Il s'agissait en outre de déterminer, notamment, s'il y avait eu soutien délictueux et champartie de la part d'une organisation non gouvernementale, pour avoir soutenu les demandeurs, et si les demandes étaient prescrites.

*Jugement* : les demandes doivent être rejetées.

Les demandeurs ont satisfait aux critères permettant d'établir la fraude lors de l'élection, mais il n'a pas été établi que la fraude a eu des effets sur les résultats dans les circonscriptions en cause ou une incidence considérable sur la crédibilité du résultat du vote. Les résultats dans ces circonscriptions n'ont donc pas été annulés. Les requêtes visant à contester les résultats d'une élection peuvent être engagées pendant que le commissaire d'Élections Canada mène une enquête sur des violations possibles de la Loi. Cette conclusion est appuyée



Act that such applications shall be dealt with summarily and without delay. It is also consistent with the objective of ensuring the integrity of the electoral process when the results are affected by the conduct described in section 524. Any action or instance meeting the dictionary definition of fraud would constitute electoral fraud where it was done in contravention of a provision of the Act or where it served to defeat a process provided for in that Act. Deliberately misinforming electors about their polling location is thus fraud within the meaning of section 524 and is provable on the civil standard. However, the comments of the majority in the Supreme Court decision of *Opitz v. Wrzesnewskyj* do not provide authority for the proposition that the election results may be overturned in every case in which electoral fraud, corruption or illegal practices have been demonstrated. In conclusion, the meaning of “fraud” in paragraph 524(1)(b) is not limited to the definition of any of the offences in Part 19 of the Act. It is not necessary for an applicant to satisfy the elements of the criminal offences in order to establish that “fraud” within the meaning of the Act has been made out. It is sufficient to show false representations depriving, or creating a risk of depriving, a voter of the right to vote. In the present instance, the threshold to establish that fraud occurred was met by the applicants. However, there was no direct evidence that the voter suppression efforts were successful or that the election results in the six ridings would have turned out differently. The fraud also did not call into question the integrity of the elections.

The concepts of maintenance and champerty are inconsistent with the recognition in modern society of the role of non-governmental organizations in facilitating access to justice and the validity of alternative arrangements for funding litigation. The applicants had no prospect of financial reward from these proceedings and there were issues of broad public interest at stake. It is not an abuse of process for an elector, with or without the support of a non-governmental organization, to bring an application to contest an election where there is evidence of an attempt to affect the results through fraud.

Finally, as to whether the applications were statute-barred, the evidence was not clear as to precisely when the applicants became aware of the misrepresentations. Strict compliance with the time limitations is required to ensure that frivolous applications to annul elections are not made as a form of entertainment. However, where electoral fraud is alleged and

par l’obligation, aux termes du paragraphe 525(3) de la Loi, d’instruire cette requête sans délai et selon la procédure sommaire. Elle cadre également avec l’objectif d’assurer l’intégrité du processus électoral lorsque le comportement décrit à l’article 524 a influé sur le résultat de l’élection. Tout fait ou geste visé par la définition du mot « fraude » figurant au dictionnaire constituerait une fraude électorale s’il allait à l’encontre d’une disposition de la Loi, ou s’il avait permis de contourner un processus prévu dans cette Loi. Donner délibérément un faux renseignement aux électeurs au sujet de l’endroit où se trouvent leurs bureaux de scrutin constituerait de la fraude au sens de l’article 524 et devrait être établi selon la norme de preuve en vigueur en matière civile. Cependant, les commentaires que la majorité a formulés dans l’arrêt de la Cour suprême *Opitz c. Wrzesnewskyj* ne permettent pas de dire que la Cour peut annuler le résultat d’une élection dans chaque cas où une fraude, une manœuvre frauduleuse ou un acte illégal a été établi. En conclusion, le sens de la « fraude » visée à l’alinéa 524(1)b) ne se restreint pas à la définition de l’une ou l’autre des infractions de la partie 19 de la Loi. Il n’est pas nécessaire qu’un demandeur démontre l’existence des éléments d’une infraction pénale pour qu’il soit établi qu’il y a bien eu « fraude » au sens de la Loi. Il suffit de démontrer que de fausses assertions ont privé un électeur de son droit de voter, ou créé le risque d’une telle privation. En l’espèce, les demandeurs ont satisfait aux critères permettant d’établir la fraude. Cependant, ils ne disposaient d’aucune preuve directe de la réussite des efforts de suppression des votes consentis, ou de preuve montrant que les résultats du scrutin auraient été différents dans les six circonscriptions. Par ailleurs, la fraude n’a pas fait douter de l’intégrité des élections.

Les concepts de soutien délictueux et de champartie sont incompatibles avec la reconnaissance, dans la société moderne, du rôle que jouent les organisations non gouvernementales pour faciliter l’accès à la justice ainsi que de la validité de différentes ententes en matière de financement des litiges. Les demandeurs n’avaient aucune possibilité de tirer un gain financier des procédures qu’ils ont engagées, et des questions d’intérêt public général étaient en jeu. Un électeur n’utilise pas les procédures de la Cour de façon abusive lorsqu’il présente une requête, avec ou sans le soutien d’une organisation non gouvernementale, pour contester une élection dans des circonstances où il existe des éléments de preuve d’une manœuvre frauduleuse visant à influencer sur les résultats de l’élection.

Enfin, en ce qui concerne le fait que les demandes soient prescrites, la preuve n’indique pas clairement à quel moment les demandeurs ont été mis au courant des informations mensongères. Il est nécessaire d’assurer le respect des délais prescrits afin de dissuader quiconque de présenter à la légère une demande frivole visant à faire annuler le résultat d’une

substantiated, the applicants should not be denied a hearing on a technical or procedural ground advanced by a party that has an interest in preserving the result.

élection. Cependant, lorsqu'une allégation de fraude électorale est fondée, les demandeurs ne devraient pas se voir refuser le droit de se faire entendre pour un motif qui peut sembler technique et procédural et qui est invoqué par une partie ayant intérêt à préserver le résultat.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1.  
*An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327.  
*An Act to disfranchise Voters who have taken bribes*, S.C. 1894, c. 14.  
*An Act to provide for more effectual Inquiry into the existence of Corrupt Practices at Elections of Members of the House of Commons*, S.C. 1876, c. 10.  
*Canada Elections Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14.  
*Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9, ss. 6, 120, 281, 438(3), 479(3), 480, 482(b), 491(3)(d), 500, 502, 511, 512, 514, 515, 522, 524, 525(3), 527, 531.  
*Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 24, 37(1).  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 3.  
*Corrupt Practices Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. C-45.  
*Disfranchising Act*, R.S.C., 1985, c. D-3.  
*Dominion Controverted Elections Act*, R.S.C., 1985, c. C-39.  
*Dominion Controverted Elections Act (The)*, R.S.C. 1886, c. 9.  
*Dominion Controverted Elections Act (The)*, R.S.C. 1906, c. 7, s. 12.  
*Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3, s. 465.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 52.2, 82, 304, 312(a), Schedule.  
*Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, s. 127(3).  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4, s. 60.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

- Wrzesnewskij v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONSC 2873 (CanLII), 110 O.R. (3d) 350, revd *sub nom. Opitz v. Wrzesnewskij*, 2012 SCC 55, [2012] 3 S.C.R. 76; *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, (1994), 114 D.L.R. (4th) 419; *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772; *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Acte à l'effet de priver de leur droit de vote les électeurs qui se laissent corrompre*, S.C. 1894, ch. 14.  
*Acte des élections fédérales contestées*, S.R.C. 1886, ch. 9.  
*Acte des élections fédérales contestées*, S.R.C. 1906, ch. 7, art. 12.  
*Acte pour pourvoir plus efficacement aux enquêtes sur l'existence de manœuvres frauduleuses aux élections des membres de la Chambre des Communes*, S.C. 1876, ch. 10.  
*An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, ch. 327.  
*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. 3.  
*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, art. 127(3).  
*Loi électorale*, L.R.Q., ch. E-3.3, art. 465.  
*Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9, art. 6, 120, 281, 438(3), 479(3), 480, 482(b), 491(3)(d), 500, 502, 511, 512, 514, 515, 522, 524, 525(3), 527, 531.  
*Loi électorale du Canada*, S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> Supp.), ch. 14.  
*Loi relative aux enquêtes sur les manœuvres frauduleuses*, L.R.C. (1985), ch. C-45.  
*Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 24, 37(1).  
*Loi sur la privation du droit de vote*, L.R.C. (1985), ch. D-3.  
*Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, art. 60.  
*Loi sur les élections fédérales contestées*, L.R.C. (1985), ch. C-39.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 52.2, 82, 304, 312(a), annexe.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

- Wrzesnewskij v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONSC 2873 (CanLII), 110 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 350, inf. par *sub nom. Opitz c. Wrzesnewskij*, 2012 CSC 55, [2012] 3 R.C.S. 76; *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9; *Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772; *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70.

## DISTINGUISHED:

*Hilton v. Norgaard* (1992), 11 M.P.L.R. (2d) 256 (B.C.S.C.).

## CONSIDERED:

*Bielli v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 916, 415 F.T.R. 286; *Bielli v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1172, 424 F.T.R. 22; *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559; *Thérien c. Pellerin*, 1997 CanLII 10408, [1997] R.J.Q. 816 (C.A.); *Cusimano v. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271 (CanLII), 93 M.P.L.R. (4th) 32; *Pluri Vox Media Corp. v. Canada*, 2012 FCA 18, 2012 DTC 5039; *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.T.C. 192 (Ont. Sup. Ct.); *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3; *R. v. A.P.*, 1996 CanLII 871, 109 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.).

## REFERRED TO:

*Friesen v. Hammell*, 1999 BCCA 23, [1999] 5 W.W.R. 345; *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41; *Penta v. City of Revere, et al.*, 8 Mass. L. Rep. 106 (Super. Ct. 1997); *Gooch v. Hendrix*, 851 P.2d 1321 (Cal. Sup. Ct. 1993); *Valence v. Rosiere*, 675 So.2d 1138 (La. Ct. App. 1996); *Marks v. Stinson*, 19 F.3d 873 (3d Cir. 1994); *Bell v. Southwell*, 376 F.2d 659 (5th Cir. 1967); *Apotex Inc. v. Hoffman-La Roche Ltd.*, [1980] 2 F.C. 586, (1980), 48 C.P.R. (2d) 3 (T.D.); *Teva Canada Ltd. v. OSI Pharmaceuticals, Inc.*, [2012] F.C.J. No. 1670 (F.C.) (QL); *Money v. Rankin* (1909), 18 O.L.R. 661 (H.C.J.); *Woroniuk v. Woroniuk* (1977), 17 O.R. (2d) 460 (S.C.); *Fredrickson v. Insurance Corp. of British Columbia* (1986), 28 D.L.R. (4th) 414, [1986] 4 W.W.R. 504 (B.C.C.A.); *Ernst & Young Inc. v. Chartis Insurance Company of Canada*, 2012 ONSC 5020 (CanLII), 14 C.C.L.I. (5th) 270; *Tacan v. Canada*, 2003 FC 915, 237 F.T.R. 304; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)*, 2002 CanLII 45046, 61 O.R. (3d) 257 (C.A.); *Buday v. Locator of Missing Heirs Inc.* (1993), 16 O.R. (3d) 257, 108 D.L.R. (4th) 424 (C.A.); *Stetson Oil & Gas Ltd. v. Thomas Weisel Partners Canada Inc.*, 2009 CanLII 13618 (Ont. Sup. Ct.); *Addo v. OT Africa Line*, 2006 FC 1099, 297 F.T.R. 283; *AB Hassle v. Apotex Inc.*, 2008 FC 184, 65 C.P.R. (4th) 332; *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 47, 399 N.R. 33; *Deigan v. Canada (Minister of Industry)* (1996), 206 N.R. 195 (F.C.A.); *Van Duyvenbode v. Canada (Attorney General)*, 2009 FCA 120; *Adi v. Datta*, 2011 ONSC 2496 (CanLII); *Kroeker v. Harkema Express Lines Ltd.* (1973), 2 O.R. (2d) 210 (H.C.J.); *Skelton v. Baxter*, [1916] 1 K.B. 321 (C.A.); *Jacobi v. Newell (County No. 4)* (1992), 136 A.R. 165 (Q.B.); *Lavigne and Ontario Public Service Employees Union et al. (No. 2), Re* (1987), 60 O.R. (2d) 486, 41 D.L.R. (4th) 86 (H.C.J.), inf. par sub nom. *Lavigne v. O.P.S.E.U.* (1989), 67 O.R. (2d) 536, 56 D.L.R. (4th)

## DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

*Hilton v. Norgaard* (1992), 11 M.P.L.R. (2d) 256 (C.S.C.-B.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Bielli c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 916; *Bielli c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1172; *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559; *Thérien c. Pellerin*, 1997 CanLII 10408, [1997] R.J.Q. 816 (C.A.); *Cusimano v. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271 (CanLII), 93 M.P.L.R. (4th) 32; *Pluri Vox Media Corp. c. Canada*, 2012 CAF 18; *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.T.C. 192 (C.S. Ont.); *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3; *R. v. A.P.*, 1996 CanLII 871, 109 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Friesen v. Hammell*, 1999 BCCA 23, [1999] 5 W.W.R. 345; *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41; *Penta v. City of Revere, et al.*, 8 Mass. L. Rep. 106 (Super. Ct. 1997); *Gooch v. Hendrix*, 851 P.2d 1321 (Cal. Sup. Ct. 1993); *Valence v. Rosiere*, 675 So.2d 1138 (La. Ct. App. 1996); *Marks v. Stinson*, 19 F.3d 873 (3d Cir. 1994); *Bell v. Southwell*, 376 F.2d 659 (5th Cir. 1967); *Apotex Inc. c. Hoffman-La Roche Ltd.*, [1980] 2 C.F. 586 (1<sup>re</sup> inst.); *Teva Canada Ltd. v. OSI Pharmaceuticals, Inc.*, [2012] F.C.J. n° 1670 (C.F.) (QL); *Money v. Rankin* (1909), 18 O.L.R. 661 (H.C.J.); *Woroniuk v. Woroniuk* (1977), 17 O.R. (2d) 460 (C.S.); *Fredrickson v. Insurance Corp. of British Columbia* (1986), 28 D.L.R. (4th) 414, [1986] 4 W.W.R. 504 (C.A. C.-B.); *Ernst & Young Inc. v. Chartis Insurance Company of Canada*, 2012 ONSC 5020 (CanLII), 14 C.C.L.I. (5th) 270; *Tacan c. Canada*, 2003 CF 915; *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)*, 2002 CanLII 45046, 61 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 257 (C.A.); *Buday v. Locator of Missing Heirs Inc.* (1993), 16 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 257, 108 D.L.R. (4th) 424 (C.A.); *Stetson Oil & Gas Ltd. v. Thomas Weisel Partners Canada Inc.*, 2009 CanLII 13618 (C.S. Ont.); *Addo c. OT Africa Line*, 2006 CF 1099; *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2008 CF 184; *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 47; *Deigan c. Canada (Ministre de l'Industrie)*, [1996] A.C.F. n° 1360 (C.A.) (QL); *Van Duyvenbode c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 120; *Adi v. Datta*, 2011 ONSC 2496 (CanLII); *Kroeker v. Harkema Express Lines Ltd.* (1973), 2 O.R. (2d) 210 (H.C.J.); *Skelton v. Baxter*, [1916] 1 K.B. 321 (C.A.); *Jacobi v. Newell (County No. 4)* (1992), 136 A.R. 165 (B.R.); *Lavigne and Ontario Public Service Employees Union et al. (No. 2), Re* (1987), 60 O.R. (2d) 486, 41 D.L.R. (4th) 86 (H.C.J.), inf. par sub nom. *Lavigne v. O.P.S.E.U.* (1989), 67 O.R. (2d) 536, 56 D.L.R. (4th)

D.L.R. (4th) 86 (H.C.J.), revd *sub nom. Lavigne v. O.P.S.E.U.* (1989), 67 O.R. (2d) 536, 56 D.L.R. (4th) 474 (C.A.), affd [1991] 2 S.C.R. 211, (1991), 81 D.L.R. (4th) 545; *S v. K* (1986), 55 O.R. (2d) 111 (Dist. Ct.); *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600; *Dulong v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2006 CanLII 9146, 80 O.R. (3d) 378 (Sup. Ct.); *Eli Lilly Canada Inc. v. Hospira Healthcare Corporation*, 2010 FCA 282, 409 N.R. 167; *Johnson v. Milton (Town)*, 2008 ONCA 440, 91 O.R. (3d) 190; *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149, (1979), 110 D.L.R. (3d) 46; *Benoit v. Canada*, 2002 FCT 243, [2002] 2 C.N.L.R. 1; *Stetson Oil & Gas Ltd. v. Stifel Nicolaus Canada Inc.*, 2013 ONSC 1300 (CanLII); *594872 Ontario Inc. v. Canada (No. 2)*, [1992] 1 C.T.C. 344, (1992), 55 F.T.R. 215 (F.C.T.D.); *McLaughlin v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 556, 408 F.T.R. 286; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, (1990), 59 C.C.C. (3d) 92; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915, (1992), 94 D.L.R. (4th) 590; *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787; *R. v. C. (W.B.)*, 2000 CanLII 5659, 142 C.C.C. (3d) 490 (Ont. C.A.); *R. v. Semigak*, 2007 NLTD 34 (CanLII), 267 Nfld. & P.E.I.R. 75; *R. v. Times Square Cinema Ltd.*, [1971] 3 O.R. 688 (C.A.); *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695, (1993), 110 D.L.R. (4th) 470; *Philip Morris Products S.A. v. Marlboro Canada Limited*, 2010 FC 1099, 90 C.P.R. (4th) 1; *M. v. H.*, 1996 CanLII 8119, 137 D.L.R. (4th) 569 (Ont. Gen. Div.).

474 (C.A.), conf. par [1991] 2 S.C.R. 211, (1991), 81 D.L.R. (4th) 545; *S v. K* (1986), 55 O.R. (2d) 111 (C. dist.); *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600; *Dulong v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2006 CanLII 9146, 80 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 378 (C.S.); *Eli Lilly Canada Inc. c. Hospira Healthcare Corporation*, 2010 CAF 282; *Johnson v. Milton (Town)*, 2008 ONCA 440, 91 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 190; *Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *Benoit c. Canada*, 2002 CFPI 243; *Stetson Oil & Gas Ltd. v. Stifel Nicolaus Canada Inc.*, 2013 ONSC 1300 (CanLII); *594872 Ontario Inc. c. Canada (n<sup>o</sup> 2)*, [1992] A.C.F. n<sup>o</sup> 253 (1<sup>re</sup> inst.) (QL); *McLaughlin c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 556; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787; *R. v. C. (W.B.)*, 2000 CanLII 5659, 142 C.C.C. (3d) 490 (C.A. Ont.); *R. v. Semigak*, 2007 NLTD 34 (CanLII), 267 Nfld. & P.E.I.R. 75; *R. v. Times Square Cinema Ltd.*, [1971] 3 O.R. 688 (C.A.); *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 321; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695; *Philip Morris Products S.A. v. Marlboro Canada Limited*, 2010 FC 1099, 90 C.P.R. (4th) 1; *M. v. H.*, 1996 CanLII 8119, 137 D.L.R. (4th) 569 (Div. gén. Ont.).

## AUTHORS CITED

*Black's Law Dictionary*, 7th ed. St. Paul, Minn.: West Group, 1999.

Canada. Standing Committee on Procedure and House Affairs. *Evidence*, No. 030 (March 29, 2012), online: <<http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/411/PROC/Evidence/EV5486526/PROCEV30-E.PDF>>.

Canada. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings*, Issue 13 – Evidence for the meeting of April 5, 2000, online: <[http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/362/lega/13eva-e.htm?Language=E&Parl=36&Ses=2&comm\\_id=11](http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/362/lega/13eva-e.htm?Language=E&Parl=36&Ses=2&comm_id=11)>.

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press Canada, 2004, “fraud”.

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 3rd ed. Sydney: Law Book, 1965.

## DOCTRINE CITÉE

*Black's Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd. St. Paul (Minn.) : West Group, 1999.

Canada. Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre. *Témoignages*, n<sup>o</sup> 030 (29 mars 2012), en ligne : <<http://www.parl.gc.ca/content/hoc/Committee/411/PROC/Evidence/EV5486526/PROCEV30-F.PDF>>.

Canada. Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations*, Fascicule 13 — Témoignages pour le 5 avril 2000, en ligne : <[http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/362/lega/13eva-f.htm?Language=E&Parl=36&Ses=2&comm\\_id=11](http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Committee/362/lega/13eva-f.htm?Language=E&Parl=36&Ses=2&comm_id=11)>.

*Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press Canada, 2004, « fraud ».

Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Butterworths, 1983.

Fleming, John G. *The Law of Torts*, 3<sup>e</sup> éd. Sydney : Law Book, 1965.

APPLICATIONS brought under Part 20 of the *Canada Elections Act* seeking the annulment of the results of the 2011 general election in six electoral districts because of efforts to suppress votes. Applications dismissed.

DEMANDES visant à faire annuler les résultats des élections générales fédérales de 2011 dans six circonscriptions électorales, conformément à la partie 20 de la *Loi électorale du Canada*, en raison de manœuvres de neutralisation de la participation électorale. Demandes rejetées.

## APPEARANCES

*Steven Shrybman, Peter Engelmann and Benjamin Piper* for applicants.

*Barbara McIsaac, Q.C. and Marc Chénier* for respondent Marc Mayrand (Chief Electoral Officer).

*Arthur Hamilton, Ted Frankel and Jeremy Martin* for respondent parliamentarians.

*W. Thomas Barlow and Nick Shkordoff* for respondent The Responsive Marketing Group Inc.

## ONT COMPARU

*Steven Shrybman, Peter Engelmann et Benjamin Piper* pour les demandeurs.

*Barbara McIsaac, c.r., et Marc Chénier* pour le défendeur Marc Mayrand (directeur général des élections).

*Arthur Hamilton, Ted Frankel et Jeremy Martin* pour les défendeurs (députés défendeurs).

*W. Thomas Barlow et Nick Shkordoff* pour le défendeur The Responsive Marketing Group Inc.

## SOLICITORS OF RECORD

*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Ottawa, for applicants.

*Borden Ladner Gervais LLP*, Ottawa, for respondent Marc Mayrand (Chief Electoral Officer).

*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, for respondent parliamentarians.

*Fasken Martineau DuMoulin LLP*, Toronto, for respondent The Responsive Marketing Group Inc.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Sack Goldblatt Mitchell LLP*, Ottawa, pour les demandeurs.

*Borden Ladner Gervais S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Ottawa, pour le défendeur Marc Mayrand (directeur général des élections).

*Cassels Brock & Blackwell LLP*, Toronto, pour les défendeurs (députés défendeurs).

*Fasken Martineau DuMoulin S.E.N.C.R.L., s.r.l.*, Toronto, pour le défendeur The Responsive Marketing Group Inc.

Table of ContentsTable des matières

	Paragraph		Paragraphe
I. Introduction .....	1	I. Introduction .....	1
II. Background .....	7	II. Les faits à l'origine du litige .....	7
III. The statutory and jurisprudential framework .....	30	III. Le cadre législatif et jurisprudentiel .....	30
A. The <i>Canada Elections Act</i> .....	30	A. La <i>Loi électorale du Canada</i> .....	30
B. Part 20 of the Act—Contested elections .....	46	B. Partie 20 de la Loi — Contestation de l'élection .....	46
(1) The Act contemplates parallel criminal and civil invalidity .....	49	1) La Loi envisage des procédures criminelles et civiles parallèles .....	49

(2) The test, burden and standard of proof for invalidity .....	51	2) Le critère, le fardeau et la norme de preuve applicables à l'établissement de l'invalidité .....	51
(3) The meaning of "fraud" in subsection 524(1) .....	61	3) Le sens du mot « fraude » employé au paragraphe 524(1) .....	61
(4) "... that affected the result of the election." .....	71	4) « [...] ayant influé sur le résultat. » .....	71
(5) When must an application to annul be made? .....	84	5) À quel moment la requête en contestation doit-elle être présentée? .....	84
(6) Section 527, "knew or should have known" .....	91	6) Article 527, « a appris, ou aurait dû savoir » .....	91
IV. Analysis .....	95	IV. Analyse .....	95
A. Preliminary motions.....	95	A. Requêtes préliminaires .....	95
(1) Was there maintenance and champerty by the Council of Canadians? ..	95	1) Y a-t-il eu soutien délictueux et champartie de la part du Conseil des Canadiens? .....	95
(a) Is Mr. Henein's affidavit admissible? .....	101	a) L'affidavit de M. Henein est-il admissible? .....	101
(b) Conclusion on maintenance and champerty .....	108	b) Conclusion sur le soutien délictueux et la champartie .....	108
(2) Are the applications statute-barred? .....	116	2) Les demandes sont-elles prescrites? .....	116
(3) Should the opinion evidence of Mr. Graves be struck? .....	128	3) La preuve d'opinion de M. Graves devrait-elle être radiée? .....	128
B. Admissibility and weight of the evidence .....	148	B. Admissibilité et poids de la preuve ...	148
(1) Evidence of the applicants .....	149	1) Preuve des demandeurs .....	149
(2) The ITO evidence .....	152	2) Dénonciations produites en preuve .....	152
(3) Mr. Penner's evidence .....	179	3) Témoignage de M. Penner .....	179
(4) The evidence of Ms. Desgagné and Mr. Langhorne .....	185	4) Témoignages de M <sup>me</sup> Desgagné et de M. Langhorne .....	185
(5) The EKOS survey evidence .....	196	5) Preuve par sondage d'EKOS .....	196
(6) Dr. Corbin's evidence .....	218	6) Témoignage de M <sup>me</sup> Corbin .....	218
(7) Dr. Nevitte's evidence .....	230	7) Témoignage du M. Nevitte .....	230
(8) Evidence of the respondent MPs' campaign managers .....	239	8) Témoignage des directeurs de campagne des députés défenseurs ....	239
V. Conclusion on the merits.....	240	V. Conclusion sur le fond .....	240
A. Has "fraud" under paragraph 524(1)(b) been made out? .....	240	A. A-t-on démontré la « fraude » aux fins de l'alinéa 524(1)b)? .....	240
B. Did the fraud affect the results of the election in the six subject ridings? .....	247	B. La fraude a-t-elle influé sur les résultats du scrutin dans les six circonscriptions en cause? .....	247
C. Did the fraud call into question the integrity of the elections? .....	252	C. La fraude fait-elle douter de l'intégrité des élections? .....	252

D. Should the Court exercise its discretion to annul the elections? .....	258	D. La Cour devrait-elle annuler les élections dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire? .....	258
VI. Costs .....	259	VI. Dépens .....	259

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

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

MOSLEY J.:

LE JUGE MOSLEY :

#### I. Introduction

#### I. Introduction

*“...very serious matters that strike at the integrity of our democratic process”*

*« [...] des questions très sérieuses qui menacent l'intégrité de notre processus démocratique »*

[1] In his remarks to the Standing Committee on Procedure and House Affairs of the House of Commons on March 29, 2012 [PROC-30, at page 1], Mr. Marc Mayrand, Chief Electoral Officer of Canada, made the following comments about the allegations that are at the heart of these applications:

[1] Lors de l'allocation qu'il a prononcée devant le Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre des communes le 29 mars 2012 [PROC-30, à la page 1], le directeur général des élections du Canada, Marc Mayrand, a formulé les remarques suivantes au sujet des allégations qui sont au cœur des présentes demandes :

These are very serious matters that strike at the integrity of our democratic process. If they are not addressed and responded to, they risk undermining an essential ingredient of a healthy democracy, namely the trust that electors have in the electoral process. [Emphasis added.]

Ce sont là des questions très sérieuses qui menacent l'intégrité de notre processus démocratique. Si nous les laissons sans réponse, elles risquent de porter atteinte à un élément essentiel d'une saine démocratie, soit la confiance des électeurs à l'égard du processus électoral. [Non souligné dans l'original.]

[2] The applicants, eight Canadian citizen voters residing in six electoral districts, brought these proceedings to annul the results of the 2011 general election in their ridings because of efforts to suppress votes that occurred during that election. Those efforts involved telephone calls purporting to be from Elections Canada. In the calls, voters were told that the locations of polling stations in their districts had been moved from the places specified in the printed information provided by Elections Canada prior to the day of the vote. The information was false and Elections Canada neither made nor authorized those calls.

[2] Les demandeurs, soit huit citoyens du Canada résidant dans six circonscriptions électorales, ont engagé les présentes demandes afin de faire annuler les résultats des élections générales fédérales de 2011 dans leurs circonscriptions, en raison des manœuvres de neutralisation de la participation électorale qui ont été déployées au cours des élections en question. Plus précisément, les demandeurs affirment avoir reçu des appels téléphoniques qui provenaient censément d'Élections Canada et au cours desquels ils ont été informés que l'emplacement des bureaux de scrutin de leurs circonscriptions avait été modifié par rapport à celui qui avait été précisé dans les renseignements imprimés fournis par Élections Canada dans les jours qui ont précédé le scrutin. L'information était fausse et Élections Canada n'a pas fait ces appels ni ne les a autorisés.

[3] The calls struck at the integrity of the electoral process by attempting to dissuade voters from casting ballots for their preferred candidates. This form of “voter suppression”, was, until the 41st general election, largely unknown in this country.

[4] The evidence presented in these applications points to a concerted campaign by persons who had access to a database of voter information maintained by a political party. It was not alleged that any of the candidates of that party, including those who were successful in the six ridings at issue, were responsible for this campaign but that others took it upon themselves to attempt to influence the election results in their favour.

[5] As a result of these actions, the applicants seek to set aside the 2011 election results in the six ridings under Part 20 [sections 522 to 532] of the *Canada Elections Act*, S.C. 2000, c. 9 (the Act).

[6] The central issue to be determined in these proceedings was the effect the calls had, if any, on the election results in the six subject ridings. If satisfied that the calls affected the result in one or more of the ridings or called into question the integrity of the electoral process, the Court may annul the outcome in that riding or ridings. For the reasons that follow, I find that electoral fraud occurred during the 41st general election but I am not satisfied that it has been established that the fraud affected the outcomes in the subject ridings and I decline to exercise my discretion to annul the results in those districts.

## II. Background

[7] These applications were brought 10 months after the election. Complaints about misleading and harassing

[3] Les appels ont mis en doute l’intégrité du processus électoral, puisqu’ils visaient à tenter de dissuader les électeurs de voter pour le candidat de leur choix. Jusqu’à la tenue de la 41<sup>e</sup> élection générale, cette forme de « neutralisation de la participation électorale » était relativement peu connue au Canada.

[4] Il appert de la preuve présentée en l’espèce qu’une campagne concertée a été menée par des personnes ayant accès à une base de données que tenait un parti politique et qui contenait des renseignements sur les électeurs. Il n’a pas été allégué que l’un ou l’autre des candidats de ce parti, y compris ceux qui ont remporté les élections dans les six circonscriptions en cause, étaient responsables de cette campagne, mais plutôt que d’autres personnes ont décidé d’elles-mêmes de tenter d’exercer une influence sur les résultats de l’élection en leur faveur.

[5] Par suite de ces agissements, les demandeurs ont tenté de faire annuler les résultats de l’élection de 2011 dans les six circonscriptions, conformément à la partie 20 [articles 522 à 532] de la *Loi électorale du Canada*, L.C. 2000, ch. 9 (la Loi).

[6] La principale question à trancher dans les présentes demandes résidait dans l’effet des appels sur les résultats des élections dans les six circonscriptions en cause. Si elle est convaincue que les appels ont influé sur le résultat de l’élection dans l’une ou l’autre des circonscriptions, ou ont pour conséquence que l’intégrité du processus électoral soit mise en doute, la Cour pourra annuler le résultat obtenu dans celle-ci. Pour les motifs exposés ci-après, je suis d’avis qu’il y a eu fraude électorale au cours de la 41<sup>e</sup> élection générale, mais je ne suis pas convaincu qu’il a été établi que la fraude a influé sur le résultat obtenu dans les six circonscriptions en cause et je refuse d’exercer mon pouvoir discrétionnaire de façon à annuler les résultats de l’élection dans les circonscriptions en question.

## II. Les faits à l’origine du litige

[7] Les présentes demandes ont été engagées 10 mois après l’élection. Élections Canada avait reçu des plaintes



calls had been made to Elections Canada both before and during the election day on May 2, 2011 but the matter did not attract much public attention until, in late February 2012, journalists found in an Edmonton court file an “Information to Obtain a Production Order Pursuant to Section 487.012 of the *Criminal Code*” (ITO) sworn by Allan Mathews, an Elections Canada investigator. The Mathews ITO became a public document after a return was made to the court on the execution of the production order. The media then began to report widely that Elections Canada officials were actively investigating complaints made during and after the election.

[8] The Mathews ITO was filed to obtain records from an Edmonton-based company called RackNine Inc, in relation to complaints by voters that there had been efforts to suppress votes in the electoral district of Guelph, Ontario. Mr. Mathews described the nature of the complaints as follows:

Individual electors have described to me receiving telephone calls around 10:00 hours of the morning of May 2, 2011. The caller was usually described as a recorded female voice giving a bilingual message, who claimed to be calling on behalf of Elections Canada.

The English message received by electors is as follows:

This is an automated message from Elections Canada. Due to the projected increase in poll turnout your voting location has been changed. Your new voting location is at.... Once again your new poll location is at.... If you have any questions please call our hotline at 1-800-434-4456. We apologize for any inconvenience that this may cause.

[9] Mr. Mathews further deposed that Elections Canada does not telephone individual electors and did not make the calls in question. The assertion that the polling stations had been changed was untrue. The

concernant des appels téléphoniques de nature trompeuse et harcelante tant avant qu’après le jour de l’élection le 2 mai 2011, mais la question n’a vraiment attiré l’attention du public que lorsque, vers la fin de février 2012, des journalistes ont trouvé dans le dossier d’un tribunal d’Edmonton une [TRADUCTION] « Dénonciation en vue d’obtenir une ordonnance de communication conformément à l’article 487.012 du *Code criminel* » laquelle dénonciation avait été faite sous serment par Allan Mathews (dénonciation de Mathews), enquêteur d’Élections Canada. La dénonciation de Mathews est devenue un document public après la présentation d’un rapport au tribunal au sujet de l’exécution de l’ordonnance de communication. Les médias ont alors commencé à répandre la nouvelle selon laquelle des employés d’Élections Canada menaient activement une enquête au sujet de plaintes formulées pendant et après l’élection.

[8] Élections Canada a déposé la dénonciation de Mathews afin d’obtenir des documents d’une société d’Edmonton appelée RackNine Inc relativement aux plaintes de certains électeurs selon lesquelles des manœuvres visant à neutraliser la participation électorale avaient été déployées dans la circonscription électorale de Guelph, en Ontario. M. Mathews a décrit la nature des plaintes comme suit :

[TRADUCTION] Des électeurs m’ont dit avoir reçu des appels téléphoniques vers 10 h le matin du 2 mai 2011. L’appelant était habituellement décrit comme une personne de sexe féminin qui prétendait téléphoner au nom d’Élections Canada et qui donnait un message bilingue.

Voici le message que les électeurs ont reçu :

Ceci est un message automatisé d’Élections Canada. Étant donné que la participation électorale sera plus élevée que ce qui était prévu, l’endroit où vous devez voter a été modifié. Votre nouveau bureau de vote se trouve à [...]. Je répète, votre nouveau bureau de vote se trouve à [...] Si vous avez des questions, veuillez téléphoner à notre service téléphonique au numéro 1-800-434-4456. Nous nous excusons des inconconvénients que ce changement pourrait vous occasionner.

[9] M. Mathews a ajouté qu’Élections Canada ne téléphone pas aux électeurs et n’a pas fait les appels en question. L’affirmation selon laquelle l’adresse des bureaux de vote avait été changée était fausse. De l’avis

making of these calls by a person or persons unknown, in Mr. Mathews' belief, wilfully prevented or endeavoured to prevent an elector from voting contrary to paragraph 281(g) of the Act. As a result, he alleged, offences had been committed contrary to paragraphs 491(3)(d) and 482(b) of the Act.

[10] Media accounts subsequent to the publication of the Mathews ITO reported that similar illicit telephone calls had been reported in other ridings. On March 15, 2012, the Chief Electoral Officer, Marc Mayrand, issued a statement: "Chief Electoral Officer of Canada Addresses Allegations of Wrongdoing During the 41st General Election". Mr. Mayrand's statement indicated that Elections Canada had, as of that date, received over 700 complaints from Canadians describing specific circumstances where they believed that wrongdoing had occurred during the 41st general election. As of the date of Mr. Mayrand's appearance before the Standing Committee on Procedure and House Affairs two weeks later, on March 29, 2012, close to 40 000 Canadians had contacted Elections Canada to express their concerns in response to the media reports.

[11] This was the context in which these applications were filed with the Court. They contest the results of the election in the six electoral districts of Elmwood–Transcona, Nipissing–Timiskaming, Saskatoon–Rosetown–Biggar, Vancouver Island North, Winnipeg South Centre and Yukon.

[12] The respondents are the Attorney General of Canada, the Chief Electoral Officer of Canada, the returning officers for the electoral districts, the six elected Conservative Party of Canada Members of Parliament (MPs), three unsuccessful Liberal Party of Canada candidates (Nipissing–Timiskaming, Winnipeg South Centre, and Yukon), the six unsuccessful New Democratic Party of Canada candidates, and Matt Henderson, an unsuccessful Independent candidate in Winnipeg South Centre.

de M. Mathews, la ou les personnes inconnues qui ont effectué ces appels ont volontairement empêché ou se sont efforcées d'empêcher un électeur de voter à une élection, contrairement à l'alinéa 281g) de la Loi. En conséquence, a-t-il soutenu, des infractions allant à l'encontre des alinéas 491(3)d) et 482b) de la Loi avaient été commises.

[10] Après la publication de la dénonciation de Mathews, les médias ont fait savoir que des appels téléphoniques illicites similaires avaient été signalés dans d'autres circonscriptions. Le 15 mars 2012, le directeur général des élections, Marc Mayrand, a publié la déclaration suivante : « Le directeur général des élections du Canada examine les allégations d'actes répréhensibles commis pendant la 41<sup>e</sup> élection générale ». Selon la déclaration de M. Mayrand, à la date de la déclaration, plus de 700 Canadiens ont informé Élections Canada de situations dans lesquelles ils estimaient que des actes répréhensibles similaires avaient eu lieu pendant la 41<sup>e</sup> élection générale. Lorsque M. Mayrand a comparu devant le Comité permanent de la procédure et des affaires de la Chambre deux semaines plus tard, le 29 mars 2012, près de 40 000 Canadiens avaient communiqué avec Élections Canada afin d'exprimer leurs préoccupations en réponse aux nouvelles diffusées dans les médias.

[11] Tel est le contexte dans lequel les présentes demandes ont été déposées auprès de la Cour. Les demandeurs contestent les résultats de l'élection dans les six circonscriptions électorales suivantes : Elmwood–Transcona, Nipissing–Timiskaming, Saskatoon–Rosetown–Biggar, Île de Vancouver-Nord, Winnipeg-Centre-Sud et Yukon.

[12] Les défendeurs sont le procureur général du Canada, le directeur général des élections du Canada, les directeurs du scrutin des circonscriptions électorales en cause, les six députés élus du Parti conservateur du Canada, trois candidats défaits du Parti libéral du Canada (Nipissing–Timiskaming, Winnipeg-Centre-Sud et Yukon), les six candidats défaits du Nouveau Parti démocratique du Canada et un candidat indépendant (Matt Henderson) défait dans Winnipeg-Centre-Sud.

[13] Notices of appearance were filed by each of the respondents. The respondent Conservative MPs filed written representations and made oral submissions opposing the applications at the hearing. The New Democratic Party candidates filed written representations and made oral submissions in support of the applicants. The Liberal Party candidates, the Attorney General of Canada, the returning officers and Mr. Henderson filed no submissions and took no active part at the hearing. Other candidates in the several ridings did not file notices of appearance. The Chief Electoral Officer provided written representations and oral submissions to assist the Court with respect to the interpretation of the Act.

[14] There were originally seven applications, but the seventh, in Court File T-616-12, *Leeanne Bielli v. Attorney General of Canada*, was dismissed in October 2012 when it emerged that the applicant, who had not voted due to a misleading call, had mistaken her riding and resided in an adjacent one and not that which was the subject of her application. A motion initiated by one of the respondents in T-616-12 and the evidence filed in that application were deemed continued in the other six applications.

[15] The notices of application were filed on March 23 and March 26, 2012. Pursuant to subsection 525(3) of the Act, such applications are to be “dealt with without delay and in a summary way”. As discussed by Mr. Justice Lederer in *Wrzesnewskyj v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONSC 2873 (CanLII), 110 O.R. (3d) 350 (*Wrzesnewskyj*), at paragraphs 32–33, this means that they are to be dealt with without all of the customary legal formalities. To proceed in “a summary way” imposes limits on the evidence that may be gathered and heard. An additional limitation in this particular context is the fact that the vote is secret.

[16] That the applications are to be dealt with expeditiously did not prevent the parties, particularly the respondent MPs, from bringing a considerable number

[13] Chacun des défendeurs a déposé un avis de comparution. Les députés conservateurs défendeurs ont déposé des prétentions écrites et présenté des observations de vive voix afin de contester les demandes à l’audience. Les candidats du Nouveau Parti démocratique ont déposé des prétentions écrites et formulé des observations de vive voix au soutien des demandeurs. Les candidats du Parti libéral, le procureur général du Canada, les directeurs du scrutin et M. Henderson n’ont pas déposé d’observations et n’ont pas participé activement à l’audience. Les autres candidats des différentes circonscriptions n’ont pas déposé d’avis de comparution. Le directeur général des élections a présenté des prétentions écrites et des observations de vive voix afin d’aider la Cour relativement à l’interprétation de la Loi.

[14] À l’origine, sept demandes avaient été formées, mais la septième, qui avait été déposée dans le dossier de la Cour T-616-12, *Leeanne Bielli c. Le Procureur général du Canada*, a été rejetée en octobre 2012 lorsqu’il a été mis en preuve que la demanderesse, qui n’avait pas voté en raison d’un appel téléphonique trompeur, avait commis une erreur et résidait dans une circonscription adjacente et non dans celle qui faisait l’objet de sa demande. La teneur de la requête présentée par l’un des défendeurs dans le dossier T-616-12 a été réputée maintenue dans les six autres demandes, y compris en ce qui concerne les éléments de preuve produits dans le cadre de cette première demande.

[15] Les avis de demande ont été déposés le 23 mars et le 26 mars 2012. Conformément au paragraphe 525(3) de la Loi, ces demandes sont instruites « sans délai et selon la procédure sommaire ». Comme l’a expliqué le juge Lederer dans la décision *Wrzesnewskyj v. Canada (Attorney General)*, 2012 ONSC 2873 (CanLII), 110 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 350 (*Wrzesnewskyj*), aux paragraphes 32 et 33, cela signifie qu’elles doivent être examinées sans que toutes les formalités juridiques habituelles soient suivies. L’instruction « selon la procédure sommaire » a pour effet de restreindre les éléments de preuve pouvant être recueillis et présentés. Le vote secret pose une restriction additionnelle dans ce contexte particulier.

[16] Le fait que les demandes devaient être instruites sans délai n’a pas empêché les parties, notamment les députés défendeurs, de présenter un très grand nombre

of interlocutory motions. It is, I think, helpful to provide an overview of the preliminary proceedings to explain why this case has taken so long to be completed and to provide some background to the issues dealt with in these reasons.

[17] On May 22, 2012, two months after the applications were filed, the respondent MPs moved to have them dismissed as frivolous and vexatious, an abuse of process and not brought within the time required under section 527 of the Act. The motions to strike were dismissed on all grounds, save that of timeliness, on July 19, 2012 following a hearing before Prothonotary Milczynski.

[18] Recognizing that the Act provided a mechanism to prevent abusive objections to election results from interfering with the democratic process, Prothonotary Milczynski found that such a situation had not been established on the record before her (*Bielli v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 916, 415 F.T.R. 286 (*Bielli*), at paragraph 11) :

Far from being frivolous or vexatious, or an obvious abuse, the applications raise serious issues about the integrity of the democratic process in Canada and identify practices that if proven, point to a campaign of activities that would seek to deny eligible voters their right to vote and/or manipulate or interfere with that right being exercised freely – all of which if permitted to escape even the prospect of judicial scrutiny, could shake public confidence and trust in the electoral process and in those who in good faith stand for public office.

[19] Prothonotary Milczynski concluded that the issues would be best raised and argued on a full record. The question of whether the applications were brought within the statutory limitation period could not be resolved without the applicants' evidence and any possible cross-examinations on their evidence by the respondents.

[20] Also on May 22, 2012, the respondent MPs initiated a motion to have the applications dismissed on the ground that they were the product of maintenance

de requêtes interlocutoires. Il m'apparaît utile de présenter un aperçu des procédures préliminaires afin d'expliquer pourquoi un si long délai s'est écoulé avant l'instruction des demandes et de mettre en contexte les questions abordées dans les présents motifs.

[17] Le 22 mai 2012, deux mois après le dépôt des demandes, les députés défendeurs ont présenté des requêtes en vue de faire radier celles-ci au motif qu'elles étaient frivoles, vexatoires et abusives et qu'elles n'avaient pas été engagées dans le délai prévu à l'article 527 de la Loi. Le 19 juillet 2012, après une audience devant la protonotaire Milczynski, les requêtes en radiation ont été rejetées, aucun des moyens invoqués n'ayant été retenu, sauf celui de la conformité au délai prescrit.

[18] Reconnaissant que la Loi prévoyait un mécanisme visant à empêcher que les objections abusives aux résultats des élections n'entravent le processus démocratique, la protonotaire Milczynski a conclu qu'aucune situation de cette nature n'avait été établie à la lumière de la preuve dont elle avait été saisie (*Bielli c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 916 (*Bielli*), au paragraphe 11) :

Loin d'être frivoles, vexatoires ou à l'évidence abusives, les demandes soulèvent de graves questions relatives à l'intégrité du processus démocratique canadien et visent des pratiques qui, si leur réalité était prouvée, témoigneraient d'efforts concertés en vue de priver les électeurs admissibles de leur droit de vote, et/ou de manipuler, de perturber ou d'empêcher le libre exercice de ce droit – tous agissements qui, si on leur permettait d'échapper à la possibilité même d'un examen judiciaire, risqueraient d'ébranler la confiance du public dans le processus électoral et en ceux qui briguent de bonne foi les suffrages des électeurs.

[19] La protonotaire Milczynski a conclu que les questions soulevées devraient plutôt être plaidées sur la base d'un dossier complet. La question de savoir si les demandes avaient été engagées à l'intérieur du délai prescrit ne pouvait être tranchée avant que les demandeurs n'aient présenté leur preuve et que les défendeurs ne les aient contre-interrogés à ce sujet, le cas échéant.

[20] Également le 22 mai 2012, les députés défendeurs ont engagé une requête visant à faire radier les demandes au motif que celles-ci découlaient de manœuvres de

and champerty by an organization not party to the proceedings, the Council of Canadians (the Council). This motion was supported by an affidavit sworn by Peter Henein, a member of the law firm acting on behalf of the respondent MPs. The applicants moved shortly thereafter to strike the affidavit on the ground that it was contrary to rule 82 of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 (the Rules) and the principle that counsel may not be a witness in the same case in which they represent a party.

[21] Following a case conference in August, the applicants agreed to withdraw the rule 82 motion without prejudice to their right to impugn the evidence at the hearing of the applications. In exchange, counsel for the respondent MPs agreed not to cross-examine affiants representing the Council with respect to the motion to dismiss for maintenance and champerty.

[22] The respondent MPs moved in August 2012 to have an increased security for costs, totalling \$260 409, paid into court by the applicants. This was denied by Prothonotary Aronovitch on the basis that the “respondent MPs have failed to raise grounds or bring to bear evidence that would justify any further payment of security for costs, let alone in the amount requested” (*Bielli v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 1172, 424 F.T.R. 22, at paragraph 5). Finding that the seven motions (one in each application) had unnecessarily delayed and encumbered the proceedings, she ordered that the costs of the motions be paid by the respondent MPs in any event of the cause.

[23] Another series of preliminary motions concerned the expert opinion evidence filed by the parties. The respondent MPs moved in August 2012 for leave to file a sur-reply affidavit by their expert, Dr. Ruth Corbin. In September, the applicants moved for leave to file their own expert reply and the respondent MPs moved to strike the evidence of the applicants’ expert, Mr. Frank Graves, invoking an alleged lack of independence and impartiality. On October 10, 2012, the Court issued a

soutien délictueux et de champartie de la part d’une organisation qui n’était pas partie à l’instance, le Conseil des Canadiens (le Conseil). Cette requête était appuyée par un affidavit de Peter Henein, membre du cabinet d’avocats représentant les députés défendeurs. Peu après le dépôt de cette requête, les demandeurs ont sollicité la radiation de l’affidavit parce qu’il allait selon eux à l’encontre de la règle 82 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 (les Règles), et du principe selon lequel les avocats ne peuvent témoigner dans l’affaire où ils représentent une partie.

[21] Par suite d’une conférence de gestion de l’instance tenue en août, les demandeurs ont consenti à retirer la requête fondée sur la règle 82 sans porter atteinte à leur droit d’attaquer la preuve à l’audition des demandes. En échange, l’avocat des députés défendeurs a convenu de ne pas contre-interroger les souscripteurs d’affidavit représentant le Conseil au sujet de la requête en radiation fondée sur des allégations de soutien délictueux et de champartie.

[22] En août 2012, les députés défendeurs ont présenté une autre requête en vue de contraindre les demandeurs à déposer un cautionnement pour frais plus élevé totalisant 260 409 \$. La protonotaire Aronovitch a rejeté cette requête, estimant que les « députés défendeurs n’ont pas soulevé de motifs ni présenté d’éléments de preuve qui justifieraient tout paiement d’un cautionnement pour frais supplémentaire, encore moins au montant demandé » (*Bielli c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 1172, au paragraphe 5). Concluant que les sept requêtes (une dans chaque demande) avaient retardé et alourdi inutilement le déroulement de l’instance, la protonotaire Aronovitch a ordonné aux députés défendeurs de payer les dépens des requêtes quelle que soit l’issue de la cause.

[23] Une autre série de requêtes préliminaires concernait la preuve d’opinion d’expert déposée par les parties. En août 2012, les députés défendeurs ont sollicité l’autorisation de déposer un affidavit en réplique de leur experte, M<sup>me</sup> Ruth Corbin. En septembre, les demandeurs ont sollicité l’autorisation de déposer la réplique de leur propre expert et les députés défendeurs ont présenté une requête en radiation de la preuve de l’expert des demandeurs, M. Frank Graves, en raison du manque

consent order allowing both parties to file reply and sur-reply affidavits, without prejudice to their rights to make representations on the weight and probative value of the evidence during the hearing, but with agreement that neither the applicants nor the respondent MPs would seek to serve and or file any additional affidavits from experts.

[24] In October 2012, the applicants moved for leave to file affidavit evidence introducing records from the Commissioner of Canada Elections. Leave was granted, with the hearing judge to decide on the weight and probative value of this evidence.

[25] In late November 2012, additional ITO information having been brought to light by the press, the applicants moved for leave to examine three investigators for the Commissioner of Canada Elections, Mr. Mathews, Mr. Dickson, and Mr. Thouin, or to file an affidavit containing information about their investigations. A redacted affidavit with redacted exhibits was allowed on December 6, 2012. The Chief Electoral Officer moved to have investigation evidence admitted to the record, asking for an order permitting the filing of a collection of documents brought to light through access to information and privacy (ATIP) requests as exhibits to an affidavit. This was also granted on December 6, 2012.

[26] Finally, on December 5, 2012, the applicants asked for relief from the October 10 consent order under which they could file no more expert opinion evidence, having belatedly discovered a factual error in the respondent MPs' reply evidence addressing Mr. Graves' affidavits. This motion was granted subject to the production of Mr. Graves for cross-examination at the hearing, as contemplated by subsection 525(3) of the Act and by the Rules.

d'indépendance et d'impartialité de celui-ci. Le 10 octobre 2012, la Cour a rendu une ordonnance par consentement autorisant les deux parties à déposer des affidavits en réponse et en réplique, sans porter atteinte à leur droit de formuler des observations sur le poids et la valeur probante de la preuve au cours de l'audience, pourvu, toutefois, que ni les demandeurs ni les députés défendeurs ne tentent de signifier ou de déposer d'autres affidavits d'experts.

[24] En octobre 2012, les demandeurs ont demandé l'autorisation de déposer une preuve par affidavit comportant des documents qui provenaient du commissaire aux élections fédérales. L'autorisation a été accordée, le juge siégeant à l'audience devant déterminer le poids et la valeur probante de cette preuve.

[25] À la fin de novembre 2012, les médias ayant révélé l'existence d'autres dénonciations, les demandeurs ont sollicité l'autorisation d'interroger trois enquêteurs du commissaire aux élections fédérales, soit M. Mathews, M. Dickson et M. Thouin, ou de déposer un affidavit contenant des renseignements au sujet de leurs enquêtes. La production d'un affidavit expurgé assorti de pièces également expurgées a été autorisée le 6 décembre 2012. Le directeur général des élections a présenté une requête dans laquelle il a demandé à la Cour de permettre que la preuve relative aux enquêtes soit versée au dossier; plus précisément, il a sollicité une ordonnance autorisant le dépôt, sous forme de pièces jointes à un affidavit, de l'ensemble des documents mis en lumière au moyen de demandes d'accès à l'information et de protection des renseignements personnels (AIPRP). Cette requête a également été accordée le 6 décembre 2012.

[26] Enfin, le 5 décembre 2012, les demandeurs ont sollicité une dispense de l'application de l'ordonnance par consentement du 10 octobre selon laquelle il leur était interdit de déposer d'autres éléments de preuve d'opinion d'expert, ayant découvert tardivement une erreur factuelle dans la preuve que les députés défendeurs avaient déposée en réponse aux affidavits de M. Graves. Cette requête a été accordée, pourvu que M. Graves se présente en vue d'un contre-interrogatoire à l'audience, comme le prévoient le paragraphe 525(3) de la Loi ainsi que les Règles.

[27] The hearing began as scheduled on Monday, December 10, 2012 and was concluded on Monday, December 17, 2012. In addition to the substantive merits of the applications and the procedural issue relating to timeliness, two of the motions brought by the respondents during the interlocutory proceedings remained to be determined by the Court: the maintenance and champerty motion and the motion by the respondent MP in the Don Valley East riding to strike the Graves evidence. As noted above, the motion to strike the Graves evidence had been deemed to be continued on behalf of the other respondent MPs when the Don Valley East application was dismissed.

[28] On January 24, 2013 the applicants moved to be granted leave pursuant to paragraph 312(a) of the Rules to adduce further affidavit evidence concerning another ITO sworn by John B. Dickson in the course of his investigations on behalf of the office of the Commissioner of Canada Elections, which had just become public. The respondent MPs opposed the motion. None of the other parties filed a response. By order dated February 22, 2013 the Court granted the motion on the same terms as those under which the evidence of the other ITOs was introduced and subject to the same objections on admissibility, weight, and relevance.

[29] I will now turn to the legislative and jurisprudential framework governing my determination of the issues raised in these proceedings.

### III. The Statutory and Jurisprudential Framework

#### A. The *Canada Elections Act*

[30] As noted at the outset, these proceedings were brought by applications under the *Canada Elections Act*. The present version of this statute was enacted by Parliament in 2000 to implement the recommendations of a series of reports, including that of the Royal Commission on Electoral Reform and Party Financing

[27] L'audience a débuté à la date fixée, soit le lundi 10 décembre 2012, et a pris fin le lundi, 17 décembre 2012. En plus du bien-fondé des demandes elles-mêmes et de la question de procédure concernant la conformité au délai prescrit, la Cour devait encore trancher deux des requêtes que les défendeurs avaient présentées au cours des procédures interlocutoires : la requête pour soutien délictueux et champartie et la requête que le député défendeur de la circonscription de Don Valley-Est avait présentée en vue de faire radier la preuve de Graves. Comme je l'ai mentionné plus haut, la teneur de cette requête en radiation avait été réputée maintenue pour le compte des autres députés défendeurs lorsque la demande visant la circonscription de Don Valley-Est a été rejetée.

[28] Le 24 janvier 2013, les demandeurs ont présenté une requête afin d'obtenir l'autorisation, conformément à l'alinéa 312a) des Règles, de présenter une autre preuve par affidavit au sujet d'une autre dénonciation qu'avait signée sous serment John B. Dickson au cours de ses enquêtes pour le compte du Bureau du commissaire aux élections fédérales et qui venait d'être rendue publique. Les députés défendeurs ont contesté la requête et aucune des autres parties n'a déposé de réponse. Dans une ordonnance datée du 22 février 2013, la Cour a fait droit à la requête aux mêmes conditions que celles dont était assortie la présentation des autres dénonciations et sous réserve des mêmes objections quant à l'admissibilité, au poids et à la pertinence.

[29] J'en arrive maintenant au cadre législatif et jurisprudenciel régissant les questions en litige soulevées en l'espèce.

### III. Le cadre législatif et jurisprudenciel

#### A. La *Loi électorale du Canada*

[30] Comme je l'ai mentionné au début des présents motifs, les présentes instances découlent de demandes fondées sur la *Loi électorale du Canada*. Le législateur a édicté la version actuelle de cette loi en 2000 afin de mettre en œuvre les recommandations formulées dans une série de rapports, y compris le rapport de la

[*Reforming Electoral Democracy*] tabled in 1992, five reports produced by a special committee of the House of Commons during 1992 and 1993 and others submitted to Parliament by the Chief Electoral Officer, notably following the 36th general election in 1997.

[31] These reports called for the repeal of the existing legislation, the former *Canada Elections Act* dating from 1970 [R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 14], the *Dominion Controverted Elections Act*, R.S.C., 1985, c. C-39, the *Disfranchising Act*, R.S.C., 1985, c. D-3, originally enacted in 1894 [*An Act to disfranchise Voters who have taken bribes*, S.C. 1894, c. 14], and the *Corrupt Practices Inquiries Act*, R.S.C., 1985, c. C-45, adopted in 1876 [*An Act to provide for more effectual Inquiry into the existence of Corrupt Practices at Elections of Members of the House of Commons*, S.C. 1876, c. 10]. They also called for consolidation of the administrative framework for federal elections, the offences and penalties for violations and the procedures for contesting or controverting electoral results into one comprehensive code.

[32] One of the effects of the adoption of these recommendations in the 2000 Act is that the jurisprudence under the former legislation may be of limited value in interpreting the new enactments.

[33] In considering the relevant provisions of the 2000 Act, I have had the benefit of the views expressed by Justice Lederer in *Wrzesnewskyj*, above, and those of the majority and minority opinions of the Supreme Court of Canada on appeal from that decision in *Opitz v. Wrzesnewskyj*, 2012 SCC 55, [2012] 3 S.C.R. 76 (*Opitz*).

[34] As stated by the majority in *Opitz*, at paragraph 1, section 3 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] (Charter), and the

Commission royale sur la réforme électorale et le financement des partis [*Pour une démocratie électorale renouvelée*], déposé en 1992, cinq rapports produits par un comité spécial de la Chambre des Communes en 1992 et 1993 et d'autres rapports présentés au Parlement par le directeur général des élections, notamment celui qui a suivi la tenue de la 36<sup>e</sup> élection générale en 1997.

[31] Selon ces rapports, il y avait lieu d'abroger la législation existante, soit la *Loi électorale du Canada* remontant à 1970 [S.R.C. 1970 (1<sup>er</sup> Supp.), ch. 14], la *Loi sur les élections fédérales contestées*, L.R.C. (1985), ch. C-39, la *Loi sur la privation du droit de vote*, L.R.C. (1985), ch. D-3, édictée à l'origine en 1894 [*Acte à l'effet de priver de leur droit de vote les électeurs qui se laissent corrompre*, S.C. 1894, ch. 14], et la *Loi relative aux enquêtes sur les manœuvres frauduleuses*, L.R.C. (1985), ch. C-45, adoptée en 1876 [*Acte pour pourvoir plus efficacement aux enquêtes sur l'existence de manœuvres frauduleuses aux élections des membres de la Chambre des Communes*, S.C. 1876, ch. 10]. Il était également recommandé de réunir dans un seul code les règles régissant le cadre administratif des élections fédérales, les infractions et les pénalités découlant des violations ainsi que les procédures relatives à la contestation des résultats électoraux.

[32] En raison de l'intégration de ces recommandations dans la Loi de 2000, il se pourrait que les décisions rendues en application des anciens textes de loi aient une portée restreinte pour l'interprétation des nouvelles dispositions législatives.

[33] Au cours de l'examen des dispositions pertinentes de la Loi de 2000, j'ai eu l'avantage de lire l'opinion que le juge Lederer a exprimée dans la décision *Wrzesnewskyj*, susmentionnée, ainsi que les opinions majoritaire et minoritaire que la Cour suprême du Canada a exprimées après avoir entendu l'appel interjeté de cette décision dans l'arrêt *Opitz c. Wrzesnewskyj*, 2012 CSC 55, [2012] 3 R.C.S. 76 (*Opitz*).

[34] Comme l'a souligné la majorité de la Cour suprême du Canada au paragraphe 1 de l'arrêt *Opitz*, l'article 3 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



provisions of the *Canada Elections Act* have the clear and historic purposes of enfranchising Canadian citizens and of protecting the integrity of our electoral process.

[35] Canadian citizens are guaranteed the right to vote for the candidate of their choice to serve as the Member of Parliament for the electoral district in which the citizen resides. Section 3 of the Charter provides:

Democratic  
rights of  
citizens

**3.** Every citizen of Canada has the right to vote in an election of members of the House of Commons or of a legislative assembly and to be qualified for membership therein.

[36] Section 6 of the *Canada Elections Act* gives practical effect to that guarantee by providing that persons who are qualified as electors are entitled to have their names included in the list of electors for the electoral division in which they are ordinarily resident and to vote at the polling station for that electoral division at federal elections.

[37] The procedure for determining the lists of electors for each polling division is set out in Part 7 [sections 93 to 111] of the Act. Preparation for the vote is governed by Part 8 [sections 112 to 126]. It is the responsibility of the returning officer to establish one polling station for each polling division (subsection 120(1)). Additional stations may be established if justified by the number of electors in the district, with the prior approval of the Chief Electoral Officer (subsection 120(2)). Additional provisions in Part 8 specify the nature of the locations that may serve as polling stations, with regard to such considerations as accessibility and privacy, and the appointment of officials to manage and secure the premises. Part 9 [sections 127 to 167] contains the method for setting the voting hours.

[38] The selection of the location of each polling station is among the responsibilities of the returning officers for each district with the approval of the Chief Electoral Officer. That would include any relocation of a polling station. The scheme of the legislation suggests that any notification to electors of such a change would

(R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44] (Charte), et les dispositions de la *Loi électorale du Canada* visent clairement depuis toujours à favoriser la participation au scrutin pour les citoyens canadiens et à préserver l'intégrité de notre processus électoral.

[35] Les citoyens canadiens ont le droit de voter pour le candidat de leur choix qui sera député de la circonscription électorale où ils résident. L'article 3 de la Charte est ainsi libellé :

**3.** Tout citoyen canadien a le droit de vote et est éligible aux élections législatives fédérales ou provinciales.

Droits  
démocra-  
tiques des  
citoyens

[36] L'article 6 de la *Loi électorale du Canada* met en œuvre cette garantie en énonçant que les personnes qui ont qualité d'électeurs ont le droit de faire inscrire leur nom sur la liste électorale pour la section de vote où elles résident habituellement et de voter au bureau de scrutin établi pour cette section de vote aux élections fédérales.

[37] La procédure relative à l'établissement des listes d'électeurs pour chaque section de vote est énoncée à la partie 7 [articles 93 à 111] de la Loi. Les opérations préparatoires au scrutin sont régies par la partie 8 [articles 112 à 126]. Il incombe au directeur du scrutin d'établir un bureau de scrutin par section de vote (paragraphe 120(1)). Le directeur du scrutin peut, avec l'agrément du directeur général des élections, établir d'autres bureaux de scrutin si le nombre d'électeurs inscrits dans la circonscription le justifie (paragraphe 120(2)). D'autres dispositions de la partie 8 précisent la nature des endroits pouvant servir de bureaux de scrutin, compte tenu de facteurs comme l'accessibilité et l'intimité, et traitent de la nomination de fonctionnaires chargés de contrôler les lieux et d'en assurer la sécurité. La partie 9 [articles 127 à 167] énonce la méthode relative à l'établissement des heures de vote le jour du scrutin.

[38] Il incombe au directeur du scrutin de chaque circonscription de choisir l'emplacement de chaque bureau de scrutin, avec l'agrément du directeur général des élections. Cette responsabilité comprendrait également la modification de l'emplacement d'un bureau de scrutin. L'esprit de la Loi donne également à penser que

also be the responsibility of the returning officers and Chief Electoral Officer.

[39] Section 281 prohibits anyone from interfering with an elector when marking a ballot, from making false statements or from preventing an elector from voting. Interference with an elector would include the type of conduct complained of in this proceeding; that is, deliberately providing false information about a change in the location of a polling station.

[40] Part 19 of the Act, containing sections 479 to 521.1, deals with enforcement issues. Section 480 creates a general offence of obstructing the electoral process. Other specific offences are set out in sections 481 to 499. These include the offence of electoral fraud under paragraph 482(b) (inducing a person to refrain from voting or refrain from voting for a particular candidate “by any pretence or contrivance”) and that set out in paragraph 491(3)(d) (wilfully preventing or endeavouring to prevent an elector from voting at an election). These are the offences, according to the ITOs, which are being investigated by the Commissioner of Canada Elections in regard to the 2011 elections.

[41] Section 500 contains the general punishment provisions for the offences created by the preceding sections. The maximum penalties range from a fine of not more than \$1 000 or three months’ imprisonment, or both, in most cases and a fine of \$25 000 in one case, on summary conviction, to a fine of \$5 000 or five years’ imprisonment on conviction by indictment. Corrupt and illegal practices by candidates and their official agents are dealt with in section 502, which carries a five-year maximum penalty and proscription from holding electoral or appointed office for up to seven years from the date of conviction.

la communication d’un avis aux électeurs en cas de changement de cette nature ferait partie des responsabilités des directeurs du scrutin et du directeur général des élections.

[39] L’article 281 interdit à quiconque d’intervenir auprès d’un électeur lorsqu’il marque son bulletin de vote, de faire sciemment une fausse déclaration ou d’empêcher un électeur de voter. L’intervention auprès d’un électeur comprendrait le type de comportement reproché en l’espèce, soit le fait de fournir sciemment de faux renseignements au sujet d’un changement touchant l’emplacement d’un bureau de scrutin.

[40] La partie 19 de la Loi, soit les articles 479 à 521.1, concerne les questions liées au contrôle d’application. L’article 480 porte sur l’infraction générale que constitue l’entrave des opérations électorales. D’autres infractions particulières sont prévues aux articles 481 à 499. Elles comprennent la fraude électorale au sens de l’alinéa 482b) (soit le fait d’inciter une personne à s’abstenir de voter ou à s’abstenir de voter pour un candidat donné « par quelque prétexte ou ruse ») et l’infraction prévue à l’alinéa 491(3)d) (soit le fait d’empêcher volontairement ou de s’efforcer d’empêcher un électeur de voter à une élection). Selon les dénonciations, il s’agit des types d’infractions faisant l’objet d’une enquête de la part du commissaire aux élections fédérales en ce qui a trait aux élections de 2011.

[41] L’article 500 énonce les dispositions générales sur les peines pouvant être infligées à l’égard des infractions susmentionnées. Dans la plupart des cas, les peines maximales varient d’une amende maximale de 1 000 \$ et d’un emprisonnement maximal de trois mois, ou de l’une de ces peines, et d’une amende de 25 000 \$ dans un cas, sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire, à une amende de 5 000 \$ ou un emprisonnement maximal de cinq ans sur déclaration de culpabilité par mise en accusation. Les actes illégaux et manœuvres frauduleuses des candidats et de leurs agents officiels sont traités à l’article 502, qui prévoit que toute personne commettant ce type d’infraction est passible d’un emprisonnement maximal de cinq ans, inéligible à se porter candidat et inhabile à remplir une charge découlant d’une nomination pendant une période maximale de sept ans suivant la date de la déclaration de culpabilité.

[42] The office of Commissioner of Canada Elections is provided for in sections 509 to 515 of Part 19. The Commissioner is appointed by the Chief Electoral Officer and is responsible for ensuring that the Act is complied with and enforced. The Chief Electoral Officer can direct the Commissioner to conduct an inquiry and the Commissioner can initiate an inquiry and receive complaints. Section 511 authorizes the Commissioner to refer a matter to the Director of Public Prosecutions if he or she believes on reasonable grounds that an offence has been committed. The Director of Public Prosecutions shall decide whether to initiate a prosecution (subsection 511(1)).

[43] The respondent MPs contend that one of the options open to the applicants would have been to initiate a private prosecution, as the Act permits. Had they done so, it was submitted, the applicants, if successful in securing a conviction, could have taken advantage of the provision in section 515 permitting the criminal court to make an award of costs to the prosecuting party. This argument was advanced in the context of the champerty motion in response to the contention that private citizens would not have the resources to bring annulment applications without the support of third parties.

[44] However, private prosecutions may be initiated only with the prior written consent of the Director of Public Prosecutions save for the instance where an elections officer has to take steps to maintain order at a polling place while the vote is ongoing (section 512; subsection 479(3)). Section 512 reads as follows:

Director's  
consent  
required

**512.** (1) No prosecution for an offence under this Act may be instituted by a person other than the Director of Public Prosecutions without the Director's prior written consent.

Exception

(2) Subsection (1) does not apply to an offence in relation to which an election officer has taken measures under subsection 479(3).

[42] Les articles 509 à 515 de la partie 19 de la Loi portent sur la charge du commissaire aux élections fédérales. Nommé par le directeur général des élections, le commissaire a pour mission de veiller à l'observation et à l'exécution de la Loi. Le directeur général des élections peut ordonner au commissaire de mener une enquête et le commissaire peut lui-même déclencher une enquête et recevoir des plaintes. L'article 511 autorise le commissaire à renvoyer une affaire au directeur des poursuites pénales lorsqu'il a des motifs raisonnables de croire qu'une infraction a été commise. Le directeur des poursuites pénales décide s'il y a lieu d'engager des poursuites (paragraphe 511(1)).

[43] Les députés défendeurs soutiennent que les demandeurs auraient pu engager des poursuites privées, comme la Loi le permet. S'ils l'avaient fait et qu'ils avaient obtenu une déclaration de culpabilité, les demandeurs auraient pu se prévaloir de l'article 515, qui permet à un tribunal de juridiction criminelle d'adjuger des dépens en faveur du poursuivant. Cet argument a été invoqué dans le contexte de la requête en champartie, en réponse à l'allégation selon laquelle les citoyens privés n'auraient pas les ressources nécessaires pour présenter des demandes d'annulation sans le soutien de tierces parties.

[44] Cependant, les poursuites privées ne peuvent être engagées que si l'autorisation écrite du directeur des poursuites pénales est préalablement obtenue, sauf dans le cas où un fonctionnaire électoral doit prendre des mesures pour maintenir l'ordre dans un bureau de scrutin pendant le déroulement du vote (article 512; paragraphe 479(3)). L'article 512 est ainsi libellé :

**512.** (1) L'autorisation écrite du directeur des poursuites pénales doit être préalablement obtenue avant que soient engagées les poursuites pour infraction à la présente loi.

Autorisation  
du directeur  
des  
poursuites  
pénales

(2) L'autorisation n'est pas requise pour les infractions pour lesquelles un fonctionnaire électoral a pris des mesures dans le cadre du paragraphe 479(3).

Exception

Proof of  
consent

(3) Every document purporting to be the Director's consent under subsection (1) is deemed to be that consent unless it is called into question by the Director or by someone acting for the Director or for Her Majesty.

[45] While it is theoretically possible, I find it difficult to conceive of any situation in which the Director of Public Prosecutions would consent to a private prosecution in relation to electoral fraud, a matter of great public interest. Thus the recovery of costs by a private prosecutor is possible but unlikely in this context.

#### B. Part 20 of the Act—Contested Elections

[46] Prior to the enactment of the 2000 Act, procedures to overturn election results were governed by the above-mentioned *Dominion Controverted Elections Act*, a 19th century statute [R.S.C. 1886, c. 9]. In applications under that legislation the presiding court could exercise both criminal and civil jurisdiction. In the various studies and reports on the former legislative regime, these procedures, requiring a finding of criminal liability, were considered to be cumbersome, costly and time-consuming and were, for those reasons, rarely employed. The two jurisdictions, civil and criminal, were, therefore, treated separately in the 2000 Act.

[47] The criminal process is now left to the Commissioner and the Director of Public Prosecutions who may initiate investigations and prosecutions under Part 19, where justified by the evidence and the public interest. The prosecutions may result in penal sanctions against an individual or individuals.

[48] Part 20 of the Act now provides for civil applications to overturn an election. It is a complete code for the validity of an election to be challenged by a candidate or an elector and the result will touch upon the election outcome, not provide sanctions against individuals. The election of a candidate may not be contested otherwise than in accordance with Part 20, and the making of an application to contest an election does not

Preuve de  
l'autorisation

(3) L'autorisation fait foi de son contenu, sous réserve de sa contestation par le directeur des poursuites pénales ou quiconque agit pour son compte ou celui de Sa Majesté.

[45] Même si cette situation est possible en théorie, il est difficile de concevoir un cas où le directeur des poursuites pénales consentirait à des poursuites privées relatives à une fraude électorale, laquelle question suscite un grand intérêt public. En conséquence, il est possible que le poursuivant privé recouvre ses dépens, mais il est peu probable que cela se produise dans ce contexte.

#### B. Partie 20 de la Loi — Contestation de l'élection

[46] Avant l'adoption de la Loi de 2000, les procédures visant à contester les résultats d'une élection étaient régies par la *Loi sur les élections fédérales contestées*, qui datait du XIX<sup>e</sup> siècle [S.R.C. 1886, ch. 9]. Le tribunal qui était saisi de demandes fondées sur ce texte de loi pouvait exercer sa juridiction tant civile que criminelle. Dans les différents rapports et études concernant l'ancien régime législatif, ces procédures, qui nécessitaient une déclaration de responsabilité criminelle, étaient considérées comme des démarches lourdes et coûteuses en temps et en argent; c'est pourquoi elles étaient rarement utilisées. Les procédures applicables en matière civile et criminelle ont donc été traitées séparément dans la Loi de 2000.

[47] Les procédures criminelles relèvent désormais du commissaire et du directeur des poursuites pénales, qui peuvent déclencher des enquêtes et des poursuites en vertu de la partie 19, lorsque la preuve et l'intérêt public le justifient. Ces poursuites peuvent donner lieu à des sanctions pénales visant des particuliers.

[48] La partie 20 de la Loi permet désormais de contester une élection au moyen d'une procédure civile. Elle énonce un code complet de règles régissant la validité de l'élection que contestent les candidats ou électeurs et le résultat de la contestation touchera l'issue de l'élection elle-même sans donner lieu à des sanctions contre les particuliers. L'élection d'un candidat ne peut être contestée que sous le régime de la partie 20 et la

affect any right or obligation of a candidate in that election (section 522).

- (1) The Act contemplates parallel criminal and civil processes

[49] The respondent MPs contended initially that criminal investigations and controverted validity applications in relation to an election should proceed sequentially, with Part 19 procedures being completed first and then Part 20 procedures begun. Parliament intended, they argued, that annulment under Part 20 should be a last resort when there has been wrongdoing in the course of an election. To address the strict time limitation on the bringing of an annulment application imposed by the statute, they suggested that the Court could impose a stay pending the outcome of the investigation and the prosecution, if any, that might follow within the statutory limitation period set out in section 514. That is 5 years from the day on which the Commissioner became aware of the facts giving rise to the prosecution but, in any case, not later than 10 years after the day on which the offence was committed.

[50] I agree with the Chief Electoral Officer that the Act contemplates that applications to annul an election may be brought at the same time as an investigation into possible violations of the Act is conducted by the Commissioner. This conclusion is supported by the time limit imposed for bringing a civil application, the requirement, in subsection 525(3), that such applications shall be dealt with summarily and without delay and the lengthy limitation period for prosecutions provided for in section 514. It is also consistent with the objective of ensuring the integrity of the electoral process when the results are found to have been affected by the conduct described in section 524. At the conclusion of the hearing, the respondent MPs conceded that this interpretation was correct.

- (2) The test, burden and standard of proof for invalidity

présentation d'une requête en contestation d'une élection n'a aucun effet sur les droits et obligations des candidats à l'élection en question (article 522).

- 1) La Loi envisage des procédures criminelles et civiles parallèles

[49] Les députés défendeurs ont d'abord soutenu que les enquêtes criminelles et les demandes visant à contester une élection devraient se dérouler à tour de rôle, c'est-à-dire que les procédures prévues à la partie 20 devraient avoir lieu une fois celles de la partie 19 terminées. À leur avis, le législateur souhaitait que l'annulation du résultat d'une élection sous le régime de la partie 20 soit une mesure de dernier recours à prendre lorsqu'une faute a été commise au cours d'une élection. Afin de contourner le problème du délai strict lié à la présentation d'une demande d'annulation, la Cour pourrait, selon eux, imposer un sursis jusqu'à l'issue de l'enquête et des poursuites, le cas échéant, qui seraient engagées à l'intérieur du délai prescrit à l'article 514. Il s'agit d'un délai de 5 ans suivant la date où le commissaire a eu connaissance des faits donnant lieu à la poursuite mais, en tout état de cause, d'au plus 10 ans après la date de la perpétration de l'infraction.

[50] Je conviens avec le directeur général des élections qu'une requête visant à contester les résultats d'une élection peut être engagée pendant que le commissaire mène une enquête sur des violations possibles de la Loi. Cette conclusion est appuyée par le délai fixé pour la présentation d'une requête civile, par l'obligation, aux termes du paragraphe 525(3), d'instruire cette requête sans délai et selon la procédure sommaire et par le long délai de prescription prévu à l'article 514 à l'égard des poursuites. Elle cadre également avec l'objectif d'assurer l'intégrité du processus électoral lorsque le comportement décrit à l'article 524 a influé sur le résultat de l'élection. À la fin de l'audience, les députés défendeurs ont admis que cette interprétation était exacte.

- 2) Le critère, le fardeau et la norme de preuve applicables à l'établissement de l'invalidité

[51] Section 524 allows an elector or candidate to make an application to a court contesting an election on the grounds that the elected candidate was not eligible or that irregularities, fraud, or corrupt or illegal practices had affected the result of the election. An election cannot be contested on the same grounds as those for which a recount may be requested.

[52] Section 524 reads as follows:

Contestation of election **524.** (1) Any elector who was eligible to vote in an electoral district, and any candidate in an electoral district, may, by application to a competent court, contest the election in that electoral district on the grounds that

(a) under section 65 the elected candidate was not eligible to be a candidate; or

(b) there were irregularities, fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election.

Exception (2) An application may not be made on the grounds for which a recount may be requested under subsection 301(2).

[53] The remedy the court may provide is in subsection 531(2):

**531.** ...

Court's decision (2) After hearing the application, the court may dismiss it if the grounds referred to in paragraph 524(1)(a) or (b), as the case may be, are not established and, where they are established, shall declare the election null and void or may annul the election, respectively. [My emphasis.]

[54] The Supreme Court determined, at paragraphs 20–22 of *Opitz*, that the use of the word “respectively” means that where the grounds in paragraph 524(1)(a) are established, a court *must* declare the election null and void; where the grounds in paragraph 524(1)(b) are established, a court *may* annul the election. Under the latter circumstances, the court must decide whether the election held was compromised in such a way as to justify its annulment.

[51] L'article 524 permet à tout électeur ou candidat de présenter au tribunal une requête visant à contester une élection en raison de l'inéligibilité du candidat élu ou en raison d'une irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l'élection. Les motifs permettant de contester une élection sont différents de ceux pour lesquels un dépouillement judiciaire peut être sollicité.

[52] L'article 524 est ainsi libellé :

Contestation **524.** (1) Tout électeur qui était habile à voter dans une circonscription et tout candidat dans celle-ci peuvent, par requête, contester devant le tribunal compétent l'élection qui y a été tenue pour les motifs suivants :

a) inéligibilité du candidat élu au titre de l'article 65;

b) irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l'élection.

(2) La contestation ne peut être fondée sur les motifs prévus au paragraphe 301(2) pour un dépouillement judiciaire. Précision

[53] La réparation que le tribunal peut accorder est prévue au paragraphe 531(2):

**531.** [...]

Décision du tribunal (2) Au terme de l'audition, il peut rejeter la requête; si les motifs sont établis et selon qu'il s'agit d'une requête fondée sur les alinéas 524(1)a) ou b), il doit constater la nullité de l'élection du candidat ou il peut prononcer son annulation. [Je souligne.]

[54] Aux paragraphes 20 à 22 de l'arrêt *Opitz*, la Cour suprême du Canada a décidé que l'emploi des mots « selon qu'il s'agit » indique que le tribunal doit constater la nullité de l'élection du candidat si le motif visé à l'alinéa 524(1)a) est établi; il peut prononcer son annulation si le motif visé à l'alinéa 524(1)b) est établi. Dans cette situation, le tribunal doit décider si l'élection qui a été tenue a été compromise à un point tel que son annulation est justifiée.

[55] The use of “established” in subsection 531(2) places the burden on the applicant throughout. The applicable standard of proof is the civil standard of proof on a balance of probabilities. The applicants must establish that electoral fraud occurred and that the results of the election were affected (*Opitz*, at paragraphs 52–53). In the present case, the applicants must establish that in each of the subject ridings there was at least one elector in each riding who did not vote as a result of the fraud.

[56] Among the other principles that I must keep in mind in assessing the degree of compromise to an election result are the following: annulling an election would disenfranchise every elector who voted in the riding; the reparative measure that voters will have the opportunity to vote in a by-election is not a perfect answer for a number of reasons; permitting elections to be lightly overturned would increase the likelihood of post-election litigation; and a declaration that an election is annulled may be considered the ultimate public consequence of violating provisions of the Act and accordingly should be reserved for serious cases (*Opitz*, at paragraphs 48, 49 and 70).

[57] This is not a case about “irregularities” in the electoral process impugning some of the votes cast, as addressed in *Opitz*. The objection to the election of the respondent MPs in this instance is based on allegations of “fraud or corrupt or illegal practices that affected the result of the election” made against a person or persons unknown. As the Supreme Court noted in raising the bar for irregularities by analogy to the other language used in section 524, these are very serious matters. Where they occur, the electoral process will be corroded (*Opitz*, at paragraph 43).

[58] Examples of “corrupt practices” and “illegal practices” are given in the statute but no formal definition of these terms or of “fraud” is provided. There are a number of Part 19 provisions dealing with offences

[55] En raison de l’emploi du mot « établis » au paragraphe 531(2), le fardeau de la preuve incombe toujours à la partie qui demande l’annulation d’une élection. La norme de preuve applicable est la norme de preuve en matière civile, soit la prépondérance de probabilités. Les demandeurs doivent établir qu’il y a eu fraude électorale et que cette fraude a influé sur le résultat de l’élection (*Opitz*, aux paragraphes 52 et 53). Dans la présente affaire, les demandeurs doivent établir que, pour chacune des circonscriptions en cause, au moins un électeur n’a pas voté en raison de la fraude.

[56] Pour déterminer jusqu’à quel point les résultats d’une élection ont été compromis, je dois également tenir compte des autres principes suivants : l’annulation d’une élection prive tous les électeurs qui ont voté dans la circonscription de leur droit de participer au scrutin; la possibilité pour les électeurs de voter ultérieurement dans une élection partielle n’est pas une solution parfaite, pour plusieurs raisons; la possibilité d’annuler des élections à la légère augmenterait le risque de poursuites judiciaires après l’élection; l’annulation d’une élection peut être considérée comme la conséquence la plus grave pour le public d’une violation de la Loi et devrait donc être réservée aux cas graves (*Opitz*, aux paragraphes 48, 49 et 70).

[57] Il ne s’agit pas ici d’une « irrégularité » du processus électoral qui a touché quelques-uns des votes exprimés, comme c’était le cas dans l’arrêt *Opitz*. L’objection relative à l’élection des députés défendeurs en l’espèce est fondée sur des allégations de « fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal ayant influé sur le résultat de l’élection », lesquelles allégations sont formulées contre une ou plusieurs personnes inconnues. Comme la Cour suprême du Canada l’a souligné lorsqu’elle a resserré les exigences relatives à l’irrégularité en faisant une analogie avec les autres mots employés à l’article 524, il s’agit d’inconduites graves qui peuvent miner l’intégrité du processus électoral (*Opitz*, au paragraphe 43).

[58] Des exemples de « manœuvre frauduleuse » et d’« acte illégal » sont donnés dans la Loi, mais ces expressions n’y sont nullement définies de façon formelle, pas plus que ne l’est le mot « fraude ». La

that would constitute fraud or corrupt or illegal practices, such as wilfully preventing or endeavouring to prevent an elector from voting (paragraphs 281(g) and 491(3)(d)), and inducing a person by pretence of contrivance to vote or refrain from voting or to vote or refrain from voting for a particular candidate in an election (paragraph 482(b)). The Act also creates offences that may apply to the actions of candidates and their official agents under the heading of “Illegal Practices and Corrupt Practices” in section 502, which may also fall within the scope of section 524.

[59] While the commission of these Part 19 offences may constitute electoral fraud or corrupt or illegal practices for the purposes of section 524, the construction of those terms in section 524 is not limited to the scope of those offences. There is no indication in the Act that such was the intent of Parliament.

[60] As stated at paragraph 36 of the majority’s reasons in *Opitz*, “The words of an Act are to be read in their ‘entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament’”: *Bell ExpressVu Limited Partnership v. Rex*, 2002 SCC 42, [2002] 2 S.C.R. 559, at paragraph 26, citing E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at page 87. Protecting the integrity of the democratic process is a central purpose of the Act in order to ensure the constitutional right to vote and the enfranchising purpose of the statute. In the context of section 524, “fraud”, “corrupt practices” or “illegal practices” should therefore be defined in their ordinary and grammatical sense employing the dictionary definitions of the words to serve that purpose.

(3) The meaning of “fraud” in subsection 524(1)

[61] In the course of argument, counsel drew my attention to statements by an official before the Senate

partie 19 comporte quelques dispositions concernant les infractions qui constitueraient une fraude, une manœuvre frauduleuse ou un acte illégal, comme le fait de volontairement empêcher ou de s’efforcer d’empêcher un électeur de voter à une élection (alinéas 281g) et 491(3)d)) et le fait d’inciter une autre personne à voter ou à s’abstenir de voter ou encore à voter ou à s’abstenir de voter pour un candidat donné (alinéa 482b)). La Loi crée également, sous la rubrique « Actes illégaux et manœuvres frauduleuses » à l’article 502, des infractions qui pourraient s’appliquer aux agissements des candidats et de leurs agents officiels, mais qui pourraient également être visées par l’article 524.

[59] Bien que ces infractions prévues à la partie 19 puissent constituer de la fraude électorale ou encore des actes illégaux ou des manœuvres frauduleuses pour l’application de l’article 524, cette dernière disposition ne couvre pas seulement ces infractions. Aucun élément de la Loi ne donne à penser que telle était l’intention du législateur.

[60] Comme la majorité de la Cour suprême du Canada l’a souligné au paragraphe 36 de l’arrêt *Opitz*, « Il faut lire les termes d’une loi dans leur “contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s’harmonise avec l’esprit de la loi, l’objet de la loi et l’intention du législateur” » : *Bell ExpressVu Limited Partnership c. Rex*, 2002 CSC 42, [2002] 2 R.C.S. 559, au paragraphe 26, citant E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la page 87. La Loi a aussi pour objet primordial de protéger l’intégrité du processus démocratique afin de préserver le droit de vote garanti par la Constitution et de favoriser la participation au scrutin. Dans le contexte de l’article 524, il y a donc lieu de définir les termes « fraude », « manœuvre frauduleuse » et « acte illégal » en utilisant leur sens ordinaire et grammatical, selon les définitions qui leur sont données dans le dictionnaire.

3) Le sens du mot « fraude » employé au paragraphe 524(1)

[61] Au cours des plaidoiries, les avocats ont attiré mon attention sur une déclaration qu’un représentant a



Committee on Legal and Constitutional Affairs when Bill C-2, the proposed new *Canada Elections Act*, was before Parliament in April 2000. The statement was to the effect that the intent of the Government was to adopt a meaning of “fraud” which corresponded to the meaning in the criminal context: testimony of Mr. Michael Peirce, counsel, Director, Legal Operations, Legislation and House Planning, Privy Council Office, in the Senate of Canada, *Proceedings of the Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs* (5 April 2000).

[62] While such statements are of assistance in understanding the intent of the proponents of a legislative measure, they do not determine the parliamentary intent. Applying the ordinary dictionary definition of the word, fraud is “**1** the action or an instance of deceiving someone in order to make money or obtain an advantage illegally. **2** a person or thing that is not what it is claimed or expected to be. **3** a dishonest trick or stratagem”: *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. 2004, *sub verbo* “fraud”.

[63] The concept of fraud invalidating transactions of a civil nature has a long history in the common law. In civil law, fraud is a knowing misrepresentation of the truth or concealment of a material fact giving rise to a claim of damages for the loss sustained or the avoidance of a contract: Bryan A. Garner, editor in chief, *Black’s Law Dictionary*, 7th ed. (St. Paul, Minnesota: West Group, 1999).

[64] As discussed by Justice Lederer, at paragraph 47 of *Wrzesnewskij*, above:

“Fraud is proved when it is shewn that a false representation has been made (1) knowingly, or (2) without belief in its truth, or (3) recklessly, careless whether it be true or false.” (see *Derry v. Peek*, [1886-1890] All E.R. Rep. 1 (H.L.); adopted in *Vale v. Sun Life Assurance Co. of Canada* (1998), 39 O.R. (3d) 444, [1998] O.J. No. 6465 (Gen. Div.), at para. 18; and *Gregory v. Jolley* (2001), 54 O.R. (3d) 481, [2001] O.J.

formulée devant le Comité du Sénat sur les Affaires juridiques et constitutionnelles lorsque le projet de loi C-2, soit le nouveau texte proposé de la *Loi électorale du Canada*, a été déposé devant le Parlement en avril 2000. Selon cette déclaration, le gouvernement avait l’intention d’adopter un sens du mot « fraude » correspondant à celui qui lui était donné en matière criminelle : témoignage de M. Michael Peirce, directeur, Opérations juridiques, Législation et planification parlementaire/ conseiller juridique, Bureau du Conseil privé, devant le Sénat du Canada lors des *Délibérations* du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles (5 avril 2000).

[62] Bien que ce type de déclaration permette de mieux comprendre l’intention de ceux qui proposent une mesure législative, elle ne détermine pas l’intention du législateur. Selon la définition figurant dans un dictionnaire courant, la fraude s’entend [TRADUCTION] « **1** du fait de tromper une personne dans un but lucratif ou pour obtenir un avantage de manière illégale. **2** d’une personne ou d’une chose qui ne correspond pas à la description qui en est faite ou à ce qui est attendu d’elle. **3** d’une ruse ou d’un stratagème malhonnête » : *Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. 2004, sous le mot « fraud » (frauder).

[63] Le concept de l’annulation des opérations de nature civile en cas de fraude est reconnu depuis longtemps en common law. En droit civil, la fraude s’entend d’une allégation mensongère qui a été formulée sciemment ou de la dissimulation consciente d’un fait important qui donne lieu à une demande d’indemnité à l’égard du préjudice subi ou à l’annulation d’un contrat : *Black’s Law Dictionary*, 7<sup>e</sup> éd., Bryan A. Garner, éditeur en chef (St. Paul, Minnesota : West Group, 1999).

[64] Comme l’a expliqué le juge Lederer au paragraphe 47 de la décision *Wrzesnewskij*, susmentionnée :

[TRADUCTION] « La fraude est établie par la preuve que l’allégation mensongère a été faite 1) sciemment, 2) sans que celui qui la fait croie à la véracité de ce qu’il dit, ou encore 3) sans qu’il se soucie de savoir si ce qu’il dit est vrai ou faux. » (Voir : *Derry v. Peek*, [1886-1890] All E.R. Rep. 1 (H.L.); adopté dans *Vale v. Sun Life Assurance Co. of Canada* (1998), 39 O.R. (3d) 444, [1998] O.J. No. 6465 (Div. gén.), au paragraphe 18;

No. 2313 (C.A.), at para. 15; as quoted in *Canada v. Granitile Inc.*, [2008] O.J. No. 4934, 2008 CanLII 63568 (S.C.J.), at para. 286).

[65] In the context of the Act as a whole, the object of the Act and the ordinary and grammatical meaning of fraud, it is sufficient to show that a false representation has been made in an attempt to prevent electors from exercising their right to vote for the candidate of their choice: *Friesen v. Hammell*, 1999 BCCA 23, [1999] 5 W.W.R. 345, at paragraph 75.

[66] The respondent MPs contend that if the acts alleged to be contrary to section 524 also constitute offences under the Act, they must be proven to the standard of beyond a reasonable doubt. In making that argument counsel for the respondent MPs relied upon jurisprudence under the old *Dominion Controverted Elections Act*. That statute, as I noted above, is of little assistance in interpreting the modern legislation as the civil consequences of a violation, such as annulment, flowed from the conviction of the perpetrator. It was, therefore, necessary to first establish the guilt of an individual on the criminal law standard. That is no longer the case as I read section 524 and the related provisions in Part 20. Authorship of the fraud and the guilt of any person or persons are not material. What is relevant is the fact of the fraud and the effect it had on the outcome.

[67] As discussed by Justice Lederer, at paragraph 53 of *Wrzesnewskyj*:

In the present case, there is no charge; no one is at risk of any penalty being imposed as a result of any finding that may be made, nor has anyone been convicted of any offence under the *Canada Elections Act*.... In *Johnson v. Yake*, the election was declared void *because* the two individuals were found guilty of such offences. The finding of guilt was "...the most important point...".... Under s. 51 of the legislation applicable in that case, a candidate's election would be void if it was found that any corrupt or illegal practice had been committed by the candidate and/or his agent. The offences charged would have to be proven beyond a reasonable doubt, but the voiding

et *Gregory v. Jolley* (2001), 54 O.R. (3d) 481, [2001] O.J. No. 2313 (C.A.), au paragraphe 15; cité dans *Canada v. Granitile Inc.*, [2008] O.J. No. 4934, 2008 CanLII 63568 (C.S.J.), au paragraphe 286).

[65] Dans le contexte de l'ensemble de la Loi, de l'objet qu'elle vise et du sens ordinaire et grammatical du mot fraude, il suffit de démontrer qu'une allégation mensongère a été faite et visait à empêcher les électeurs d'exercer le droit qu'ils avaient de voter pour le candidat de leur choix : *Friesen v. Hammell*, 1999 BCCA 23, [1999] 5 W.W.R. 345, au paragraphe 75.

[66] Les députés défendeurs soutiennent que, si les actes qui allaient apparemment à l'encontre de l'article 524 constituent également des infractions prévues par la Loi, ils doivent être établis selon la norme de la preuve hors de tout doute raisonnable. À cet égard, l'avocat des députés défendeurs s'est fondé sur des décisions rendues en application de l'ancienne *Loi sur les élections fédérales contestées*. Comme je l'ai souligné, cette loi ne permet pas vraiment d'interpréter la législation moderne, étant donné que les conséquences civiles d'une violation, comme l'annulation, découlaient de la déclaration de culpabilité de l'auteur de l'infraction. Il était donc nécessaire d'établir d'abord la culpabilité de la personne accusée selon la norme de preuve appliquée en droit criminel. Selon mon interprétation de l'article 524 et les dispositions connexes figurant dans la partie 20, ce n'est plus le cas aujourd'hui. L'identité de l'auteur de la fraude et la détermination de la culpabilité d'une personne ne sont pas importantes. Ce qui importe, c'est le fait de la fraude et l'influence qu'elle a eue sur le résultat.

[67] Comme l'a expliqué le juge Lederer au paragraphe 53 de la décision *Wrzesnewskyj* :

[TRADUCTION] Dans la présente affaire, il n'y a pas d'accusation; personne ne risque de se voir infligé une peine par suite d'une conclusion qui pourrait être tirée et personne non plus n'a été déclaré coupable d'une infraction sous le régime de la *Loi électorale du Canada* [...] Dans *Johnson v. Yake*, l'élection a été annulée *parce que* les deux personnes en cause avaient été déclarées coupables des infractions en question. La déclaration de culpabilité représentait « [...] l'élément le plus important [...] » [...] Selon l'article 51 du texte législatif applicable dans cette affaire-là, l'élection d'un candidat serait nulle si le tribunal en venait à la conclusion que le candidat ou son

of the election flowed automatically from the convictions. [Emphasis in original.]

[68] A finding of guilt is no longer “the most important point”. The Quebec Court of Appeal reached a similar conclusion in interpreting the provisions of the Quebec *Election Act*, R.S.Q., c. E-3.3. In *Thérien c. Pellerin*, 1997 CanLII 10408, [1997] R.J.Q. 816 (C.A.), the appellant challenged the constitutionality of section 465 of that *Election Act*, which stipulates that the standard of proof in civil matters applies in an application to oppose an election. The appellant contended that a declaration of annulment of an election could result in the suspension of his political rights, a sanction he characterized as penal and thus requiring proof beyond a reasonable doubt. The Court of Appeal disagreed, holding at paragraphs 118–119 that the two aspects of control over elections are distinct and require the application of different substantive principles and rules of evidence. In particular, the fact that a breach of the statute might result in the invalidity of an election did not require the application of the criminal standard of proof.

[69] I agree with the submission of the Chief Electoral Officer that any action or instance meeting the dictionary definition of fraud would constitute electoral fraud where it was done in contravention of a provision of the *Canada Elections Act* or where it served to defeat a process provided for in that Act. It seems to me to be clear that deliberately misinforming electors about their polling location would thus be fraud within the meaning of section 524 and is provable on the civil standard.

[70] I also accept the submissions of the applicants and the Chief Electoral Officer that in considering whether the integrity of the electoral process has been compromised, the Court may take into account admissible evidence which shows that the fraud was of a broader scope than the manifestations of it which

agent avait commis une manœuvre frauduleuse ou un acte illégal. Il serait nécessaire d’établir les infractions hors de tout doute raisonnable, mais les déclarations de culpabilité entraîneraient automatiquement l’annulation de l’élection. [Souligné dans l’original.]

[68] Aujourd’hui, la déclaration de culpabilité ne représente plus « l’élément le plus important ». La Cour d’appel du Québec en est arrivée à une conclusion similaire lorsqu’elle a interprété les dispositions de la *Loi électorale* du Québec, L.R.Q., ch. E-3.3. Dans l’arrêt *Thérien c. Pellerin*, 1997 CanLII 10408, [1997] R.J.Q. 816 (C.A.), l’appelant a contesté la constitutionnalité de l’article 465 de cette *Loi électorale*, qui énonce que la norme de preuve en vigueur en matière civile s’applique à la demande visant à contester une élection. L’appelant a soutenu qu’une déclaration d’annulation de l’élection pourrait donner lieu à la suspension de ses droits politiques, ce qui représente une sanction pénale nécessitant l’application de la norme de preuve hors de tout doute raisonnable. La Cour d’appel n’a pas retenu cet argument, concluant aux paragraphes 118 et 119 que les deux volets du contrôle du processus électoral sont distincts l’un de l’autre et nécessitent l’application de principes de fond et de règles de preuve différents. Plus précisément, la possibilité qu’une contravention à la loi entraîne l’annulation d’une élection ne nécessitait pas l’application de la norme de preuve en vigueur en matière criminelle.

[69] À l’instar du directeur général des élections, j’estime que tout fait ou geste visé par la définition du mot fraude figurant au dictionnaire constituerait une fraude électorale s’il allait à l’encontre d’une disposition de la *Loi électorale du Canada* ou s’il a permis de contourner un processus prévu dans cette Loi. Ainsi, il me semble clair que le fait de donner délibérément un faux renseignement aux électeurs au sujet de l’endroit où se trouvent leurs bureaux de scrutin constituerait de la fraude au sens de l’article 524 et devrait être établi selon la norme de preuve en vigueur en matière civile.

[70] Je conviens également avec les demandeurs et avec le directeur général des élections que, au moment de décider si l’intégrité du processus électoral a été compromise, la Cour peut tenir compte des éléments de preuve admissibles démontrant que la fraude avait une portée plus étendue que les manifestations de celle-ci

occurred in a single district that is the subject of an application. That is of relevance in these proceedings because of the evidence of fraud occurring in the Guelph district.

(4) “... that affected the result of the election”

[71] This phrase speaks to the election results as a whole in each district. It is not necessary that the fraud or corrupt or illegal practice affected the vote of the elector or candidate who brings an annulment application. But it does require that one or more votes were improperly cast or denied in the district where the application is brought and that this had an effect on the outcome in that riding.

[72] As the majority in *Opitz* observed at paragraph 25, “affected the result” includes a situation where a person entitled to vote was improperly prevented from doing so. In an election marred by procedural irregularities or electoral fraud, even one invalid or suppressed vote could in principle affect the result. But would it justify annulment?

[73] In *Opitz*, at paragraph 61, the Supreme Court noted that an applicant who has led evidence from which an irregularity could be found will have met his or her *prima facie* evidentiary burden. At that point, the respondent runs the risk of having the votes in issue set aside, unless he or she can adduce or point to evidence from which it may reasonably be inferred that no irregularity occurred, or that despite the irregularity, the votes in question were nevertheless valid. The applicants rely on this to assert that they need only raise a *prima facie* case of fraud from which an inference may be drawn that the results were affected and that, having done so, the burden of proof then shifts to the respondents.

[74] The Supreme Court’s reference to a *prima facie* case arose in the specific context where the applicant could not directly prove that a non-entitled person voted.

qui ont été observées dans une seule circonscription faisant l’objet d’une demande. Cet aspect est important en l’espèce, en raison de la preuve relative à la fraude qui aurait été commise dans la circonscription de Guelph.

4) « [...] ayant influé sur le résultat de l’élection »

[71] Ces mots concernent l’ensemble des résultats de l’élection dans chaque circonscription. Il n’est pas nécessaire que la fraude, la manœuvre frauduleuse ou l’acte illégal ait influé sur le vote de l’électeur ou du candidat qui demande l’annulation de l’élection. Cependant, il est obligatoire qu’au moins un vote ait été exprimé de façon irrégulière ou n’ait pu être exprimé dans la circonscription où l’annulation est demandée et que ce fait ait influé sur le résultat dans cette circonscription.

[72] Comme la majorité de la Cour suprême du Canada l’a souligné dans l’arrêt *Opitz*, au paragraphe 25, les mots « ayant influé sur le résultat » visent notamment la situation où une irrégularité a empêché à tort une personne de voter. Lorsqu’une élection est entachée d’irrégularités procédurales ou de fraude électorale, même un seul vote invalide ou éliminé pourrait, en principe, influencer sur le résultat. Cependant, l’annulation serait-elle justifiée pour autant?

[73] Dans l’arrêt *Opitz*, au paragraphe 61, la Cour suprême du Canada a souligné que le requérant s’acquiesce du fardeau de preuve *prima facie* qui lui incombe en produisant une preuve qui permet de conclure à l’existence d’une irrégularité. À ce stade, l’intimé risque de voir les votes en litige écartés, sauf s’il est à même de présenter un élément de preuve permettant raisonnablement de conclure soit à l’absence d’irrégularité, soit à la validité des votes en cause malgré l’irrégularité, ou encore d’attirer l’attention sur un tel élément de preuve. Les demandeurs se fondent sur ces remarques pour affirmer qu’il leur suffit de présenter une preuve *prima facie* de fraude permettant d’inférer que la conduite en question a influé sur le résultat et que, par la suite, le fardeau de la preuve est transféré aux défendeurs.

[74] La Cour suprême du Canada a fait mention d’une preuve *prima facie* dans le contexte précis où le demandeur ne pouvait prouver directement qu’une personne

The Court recognized that *prima facie* proof that an irregularity occurred may be sufficient to permit the necessary factual inferences to be drawn to meet the civil standard of proof. In those circumstances, the respondent bears the risk of annulment if it can not be established that an ineligible vote was not cast or that it did not affect the results. Absent a statutory direction to the contrary, which is not present here, the burden of proof never shifts to the responding party and the standard remains that of the balance of probabilities: *F.H. v. McDougall*, 2008 SCC 53, [2008] 3 S.C.R. 41, at paragraph 40.

[75] In *Opitz*, the Supreme Court used the “magic number” test to determine whether the application judge should have annulled the result. The test was explained at paragraphs 71–73:

To date, the only approach taken by Canadian courts in assessing contested election applications has been the “magic number” test referred to in *O’Brien* (p. 93). On this test, the election must be annulled if the rejected votes are equal to or outnumber the winner’s plurality (*Blanchard*, at p. 320).

The “magic number” test is simple. However, it inherently favours the challenger. It assumes that all of the rejected votes were cast for the successful candidate. In reality, this is highly improbable. However, no alternative test has been developed. No evidence has been presented in this case to support any form of statistical test that would be reliable and that would not compromise the secrecy of the ballot.

Accordingly, for the purposes of this application, we would utilize the magic number test. The election should be annulled when the number of rejected votes is equal to or greater than the successful candidate’s margin of victory. However, we do not rule out the possibility that another, more realistic method for assessing contested election applications might be adopted by a court in a future case.

[76] The majority acknowledged, at paragraph 73, “that another, more realistic method for assessing contested election applications might be adopted by a court in a future case.” The Supreme Court thus left open the question of whether irregularities could be such as to call into question the integrity of the electoral process. That conclusion may be reached more easily, I expect,

avait voté alors qu’elle n’avait pas le droit de le faire. Elle a reconnu que la présentation d’une preuve *prima facie* peut suffire pour tirer les inférences factuelles nécessaires afin de satisfaire à la norme de preuve en matière civile. Dans ces circonstances, le défendeur risque de voir son élection annulée s’il ne peut établir qu’aucun vote irrecevable n’a été exprimé ou que ce vote n’a pas influé sur le résultat. En l’absence de directives contraires énoncées dans la Loi, ce qui n’est pas le cas en l’espèce, le fardeau de la preuve n’est transféré à aucun moment à la partie défenderesse et la norme demeure celle de la prépondérance des probabilités : *F.H. c. McDougall*, 2008 CSC 53, [2008] 3 R.C.S. 41, au paragraphe 40.

[75] Dans l’arrêt *Opitz*, la Cour suprême a appliqué le critère du « nombre magique » pour décider si le juge des requêtes aurait dû annuler le résultat de l’élection. Le critère a été expliqué comme suit aux paragraphes 71 à 73 :

Jusqu’à maintenant, les tribunaux ont utilisé exclusivement le critère du « nombre magique » énoncé dans *O’Brien* (p. 93) pour trancher les requêtes en contestation d’élection. Selon ce critère, il faut annuler l’élection si le nombre de votes rejetés égale ou dépasse la majorité du vainqueur (*Blanchard*, p. 320).

Le critère du « nombre magique » est simple. Toutefois, par sa nature, il favorise le requérant. Il suppose que tous les votes rejetés étaient pour le candidat élu, ce qui est en fait très peu probable. Aucun autre critère n’a cependant été élaboré. En l’espèce, on n’a présenté aucun élément de preuve à l’appui d’une quelconque formule statistique qui serait fiable et qui ne compromettrait pas le caractère confidentiel du scrutin.

Nous aurons donc recours au critère du nombre magique pour les besoins de la présente requête. L’élection doit être annulée si le nombre de votes rejetés est égal ou supérieur à la majorité du candidat élu. Par contre, nous n’écarterons pas la possibilité qu’un tribunal adopte à l’avenir une méthode plus réaliste pour trancher les requêtes en contestation d’élection.

[76] La majorité a reconnu, au paragraphe 73, qu’un autre tribunal pourrait adopter « à l’avenir une méthode plus réaliste pour trancher les requêtes en contestation d’élection ». La Cour suprême du Canada n’a donc pas répondu à la question de savoir si les irrégularités pouvaient être majeures au point de mettre en doute l’intégrité du processus électoral. Je suppose qu’il serait

where the ground cited for annulment is not irregularities at the ballot box but electoral fraud, corruption or illegality.

[77] The Chief Electoral Officer submitted that the Court might consider what it termed a “reverse magic number test”—where the number of individuals who were prevented from voting as a result of the fraud exceeds the margin of victory of the successful candidate—to determine whether the results of the vote was affected in each riding. The “reverse magic number test” has the same inherent bias described by the Supreme Court at paragraph 74 of *Opitz*; it assumes that the individuals who did not vote would all have voted identically, which in the reverse test would mean not voting for the successful candidate. In this context it bears the added complication that the suppressed votes may have been cast for several unsuccessful candidates. There is no assurance that the second-place finisher would have been successful.

[78] The applicants contend that the Court may annul the election either where the number of impugned votes is sufficient to cast doubt upon the true winner or where the fraudulent activities are such as to call into question the integrity of the electoral process. They argue that the election may be annulled if fraud casts doubt on its integrity even if the fraud does not raise doubts as to the true winner, relying on the Supreme Court’s comments at paragraph 43 of *Opitz*:

The common thread between the words “irregularities, fraud or corrupt or illegal practices” is the seriousness of the conduct and its impact on the integrity of the electoral process. Fraud, corruption and illegal practices are serious. Where they occur, the electoral process will be corroded. In associating the word “irregularity” with those words, Parliament must have contemplated mistakes and administrative errors that are serious and capable of undermining the integrity of the electoral process. (See *Cusimano v. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355, at para. 62.)

plus facile de tirer une conclusion en ce sens lorsque le motif invoqué au soutien de la demande d’annulation ne réside pas dans des irrégularités à l’urne électorale, mais plutôt dans une fraude électorale, une manœuvre frauduleuse ou un acte illégal.

[77] Le directeur général des élections a soutenu que la Cour pourrait envisager l’application d’un critère qu’il a appelé [TRADUCTION] « critère du nombre magique inversé » — dans les cas où le nombre de personnes qui ont été empêchées de voter par suite d’une fraude a dépassé la majorité du vainqueur — pour décider si la conduite reprochée a influé sur le résultat du vote dans chaque circonscription. Or, le « critère du nombre magique inversé » est entaché de la même partialité inhérente que la Cour suprême du Canada a décrite au paragraphe 74 de l’arrêt *Opitz*; il suppose que les personnes qui n’ont pas voté auraient toutes voté de la même façon, ce qui signifie, selon le critère inversé, qu’elles n’auraient pas voté pour le candidat qui a été élu. Dans ce contexte, les votes éliminés pourraient avoir été exprimés pour plusieurs candidats non élus, ce qui ne ferait que compliquer la situation. Il n’est nullement garanti que le candidat qui s’est classé deuxième aurait remporté l’élection.

[78] Les demandeurs font valoir que la Cour peut annuler l’élection lorsque le nombre de votes contestés est suffisant pour jeter un doute sur l’identité du véritable vainqueur de l’élection ou lorsque les irrégularités sont telles qu’elles remettent en question l’intégrité du processus électoral. Ils affirment que l’élection peut être annulée lorsque la fraude remet en question l’intégrité de celle-ci, même si elle ne soulève pas de doute sur l’identité du véritable vainqueur, invoquant à ce sujet les commentaires que la Cour suprême du Canada a formulés au paragraphe 43 de l’arrêt *Opitz* :

Les termes « irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal » ont pour dénominateur commun la gravité de la conduite et ses répercussions sur l’intégrité du processus électoral. Une fraude, une manœuvre frauduleuse ou un acte illégal sont des inconduites graves. Ce sont des inconduites qui ébranlent le processus électoral. Quand il a associé le terme « irrégularité » à ces mots, le législateur avait forcément à l’esprit les erreurs administratives graves qui peuvent miner l’intégrité du processus électoral. (Voir *Cusimano c. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271, 287 O.A.C. 355, par. 62.)

[79] The assessment of whether the impact of fraud affecting the result of the election is sufficient to warrant annulling the election result falls within the application of the judge's discretion under section 531. If the number of suppressed votes is sufficient to cast doubt on the true winner, the Court has an easier task. Absent a clear finding to that effect, the more difficult question is whether the fraud, corrupt or illegal practice, if proven, was sufficiently serious to call the integrity of the election process into question.

[80] The applicants cite American jurisprudence for the notion that election results may be overturned where fraud has affected the integrity of the election regardless of whether there is evidence of the number of votes affected. The American cases point to the difficulty in each instance of establishing how votes would have been cast if the election had not been overshadowed by irregularities or electoral fraud. But in each case it was found to matter whether doubt had been cast on the outcome even if the contestants could not prove that they would have been elected but for the fraud or irregularity: *Penta v. City of Revere, et al.*, 8 Mass. L. Rep. 106 (Super. Ct. 1997), at footnote 20; *Gooch v. Hendrix*, 851 P.2d 1321 (Cal. Sup. Ct. 1993), at page 1331; *Valence v. Rosiere*, 675 So.2d 1138 (La. Ct. App. 1996), at page 1139; *Marks v. Stinson*, 19 F.3d 873 (3d Cir. 1994), at page 886; *Bell v. Southwell*, 376 F.2d 659 (5th Cir. 1967), at pages 662 and 664.

[81] What may constitute a corrosive effect on the integrity of the electoral process will depend on the facts of each case. I do not read the comments of the majority in paragraph 43 of *Opitz* as providing authority for the proposition that the Court may overturn election results in every case in which electoral fraud, corruption or illegal practices have been demonstrated. In that paragraph, the Supreme Court cited *Cusimano v. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271 (CanLII), 93 M.P.L.R. (4th) 32, at paragraph 62: "An election will only be set aside where the irregularity either violates a fundamental

[79] L'examen de la question de savoir si l'effet de la fraude sur les résultats d'une élection est suffisamment important pour justifier l'annulation des résultats en question relève du pouvoir discrétionnaire du juge en vertu de l'article 531. Si le nombre de votes éliminés est suffisant pour jeter un doute sur la véritable identité du vainqueur, la tâche de la Cour sera plus facile. Lorsqu'aucune conclusion claire ne peut être tirée en ce sens, il faut savoir si la fraude, la manœuvre frauduleuse ou l'acte illégal, le cas échéant, était suffisamment grave pour mettre en doute l'intégrité du processus électoral, ce qui est une question plus difficile à trancher.

[80] Les demandeurs citent des décisions américaines où il a été conclu que les résultats d'une élection peuvent être annulés lorsque la fraude a compromis l'intégrité du processus électoral, indépendamment de la preuve pouvant exister au sujet du nombre de votes touchés. Dans ces décisions, il est souligné à quel point il était difficile, dans chaque cas, de déterminer comment les votes auraient été exprimés si l'élection n'avait pas été entachée de fraude ou d'irrégularités. Cependant, dans chaque cas, il a été décidé qu'il importait de savoir si le résultat avait été mis en doute même lorsque les opposants ne pouvaient prouver qu'ils auraient été élus en l'absence de la fraude ou de l'irrégularité : *Penta v. City of Revere, et al.*, 8 Mass. L. Rep. 106 (Super. Ct. 1997), à la note en bas de page 20; *Gooch v. Hendrix*, 851 P.2d 1321 (Cal. Sup. Ct. 1993), à la page 1331; *Valence v. Rosiere*, 675 So.2d 1138 (La. Ct. App. 1996), à la page 1139; *Marks v. Stinson*, 19 F.3d 873 (3d Cir. 1994), à la page 886; *Bell v. Southwell*, 376 F.2d 659 (5th Cir. 1967), aux pages 662 et 664.

[81] La réponse à la question de savoir ce qui peut constituer un effet corrosif sur l'intégrité du processus électoral dépendra des faits de chaque affaire. Je ne crois pas que les commentaires que la majorité a formulés au paragraphe 43 de l'arrêt *Opitz* permettent de dire que la Cour peut annuler le résultat d'une élection dans chaque cas où une fraude, une manœuvre frauduleuse ou un acte illégal a été établi. Dans ce paragraphe, la Cour suprême du Canada a cité l'arrêt *Cusimano v. Toronto (City)*, 2011 ONSC 7271 (CanLII), 93 M.P.L.R. (4th) 32, au paragraphe 62 : [TRADUCTION] « Une élection

democratic principle or calls into question whether the tabulated vote actually reflects the will of the electorate.”

[82] At paragraph 48 of *Opitz*, the majority cautioned that annulling an election would disenfranchise not only those persons whose votes were disqualified (in the context of an irregularities case) but every elector who voted in the riding. That suggests, in my view, that the Court should only exercise its discretion to annul when there is serious reason to believe that the results would have been different but for the fraud or when an electoral candidate or agent is directly involved in the fraud.

[83] In summary, there are three steps required to annul under the Act in the context of the vote suppression allegations before the Court. The applicants must first demonstrate one of the four circumstances in paragraph 524(1)(b): irregularities, fraud, corrupt practices, or illegal practices. Once the first step has been achieved, if even a single vote is shown to not have been cast due to one of the four above-circumstances in a subject riding, the Court acquires the discretionary power to annul the results in that district under subsection 531(2). The third step is for the Court to consider either the “magic number” test (explained in *Opitz*, at paragraphs 71–72) or another appropriate test (envisaged by *Opitz*, at paragraph 73) and decide whether to exercise its discretionary power.

(5) When must an application to annul be made?

[84] The time limit for making an application is set out in section 527;

Time limit      **527.** An application based on a ground set out in paragraph 524(1)(b) must be filed within 30 days after the later of

(a) the day on which the result of the contested election is published in the *Canada Gazette*, and

ne sera annulée que lorsque l’irrégularité viole un principe démocratique fondamental ou permet de se demander si le résultat recueilli reflète la volonté des électeurs. »

[82] Au paragraphe 48 de l’arrêt *Opitz*, la majorité a prévenu que l’annulation d’une élection priverait de leur droit de participer au scrutin non seulement les personnes dont les votes sont rejetés (dans le contexte d’une allégation d’irrégularité), mais également tous les électeurs qui ont voté dans la circonscription. Cela signifie, à mon sens, que la Cour ne devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à annuler une élection que lorsqu’il existe une raison sérieuse de croire que les résultats auraient été différents si la fraude n’avait pas été commise ou lorsqu’un candidat ou son agent officiel a participé à la fraude.

[83] En résumé, l’annulation d’une élection dans le contexte d’allégations de neutralisation de la participation électorale comporte trois étapes. D’abord, les demandeurs doivent établir l’un des quatre éléments énoncés à l’alinéa 524(1)b) : irrégularité, fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal. Une fois cette première étape franchie, lorsqu’il est démontré qu’un seul vote n’a pas été exprimé en raison de l’un des quatre faits susmentionnés dans une circonscription donnée, la Cour est habilitée à annuler les résultats dans cette circonscription conformément au paragraphe 531(2). Enfin, la Cour doit examiner le critère du « nombre magique » (expliqué dans l’arrêt *Opitz*, aux paragraphes 71 et 72) ou un autre critère approprié (envisagé dans l’arrêt *Opitz*, au paragraphe 73) et décider si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire.

5) À quel moment la requête en contestation doit-elle être présentée?

[84] Le délai relatif à la présentation d’une requête en contestation est prescrit à l’article 527 :

**527.** La requête en contestation fondée sur l’alinéa 524(1)b) doit être présentée dans les trente jours suivant la date de la publication dans la *Gazette du Canada* du résultat de l’élection contestée ou, si elle est postérieure, la date à laquelle le requérant a appris, ou aurait dû savoir, que les irrégularité, fraude, manœuvre

Délai de  
présentation



(b) the day on which the applicant first knew or should have known of the occurrence of the alleged irregularity, fraud, corrupt practice or illegal practice. [Emphasis added.]

[85] Pursuant to subsection 526(1) of the Act, applications must be accompanied by security for costs in the amount of \$1 000, and must be served on the Attorney General of Canada, the Chief Electoral Officer, the returning officer of the electoral district in question and all the candidates in that electoral district. The Act is silent as to whether service must be effected prior to filing but the usual practice is for originating notices to be filed first and served later. Rule 304 of the *Federal Courts Rules* provides that an originating notice of application must be served on the respondents and proof of service filed within 10 days of issuance of the notice.

[86] There does not appear to be any jurisprudence on the meaning and effect of the requirement under this Act that security for costs accompany the application. It was in the predecessor legislation and dates back for many years. The object of a similar provision, of equal long-standing, in section 60 of the *Patent Act* [R.S.C., 1985, c. P-4], is to deter irresponsible invalidation actions: *Apotex Inc. v. Hoffman-La Roche Ltd.*, [1980] 2 F.C. 586 (T.D.), at page 590. The amount, \$1 000, was no doubt a significant deterrent in 1900 but is clearly inadequate to serve that purpose today. Where the plaintiff has failed to make payment in proceedings under the *Patent Act*, the Court has been prepared to relieve against the infraction: *Teva Canada Ltd. v. OSI Pharmaceuticals, Inc.*, [2012] F.C.J. No. 1670 (F.C.) (QL), at paragraph 21. Similarly, I find that a defect under this Act may be cured by payment into court subsequent to the filing of the application. It is not a ground for dismissing the application at this stage of the proceeding.

[87] The time limit in section 527 is mandatory. The Act does not allow for the exercise of discretion by the Court to extend the time within which an application may be brought. This was also the rule for the similar

frauduleuse ou acte illégal allégués ont été commis. [Je souligne.]

[85] Selon le paragraphe 526(1) de la Loi, la requête doit être accompagnée d'un cautionnement pour frais de 1 000 \$ et être signifiée au procureur général du Canada, au directeur général des élections, au directeur du scrutin de la circonscription en cause et aux candidats de celle-ci. La Loi ne précise pas si la signification doit être effectuée avant le dépôt; cependant, selon la pratique habituelle, les avis introductifs d'instance sont d'abord déposés, puis signifiés. La règle 304 des *Règles des Cours fédérales* énonce que l'avis de demande doit être signifié aux défendeurs et que la preuve de sa signification doit être déposée dans les 10 jours suivant sa délivrance.

[86] Aucune décision ne semble avoir été rendue au sujet du sens et de la portée de l'exigence de la Loi quant au dépôt d'un cautionnement pour frais. Cette exigence figurait dans le texte législatif précédent et existe depuis bien longtemps. Une disposition semblable, tout aussi ancienne, qui figure à l'article 60 de la *Loi sur les brevets* [L.R.C. (1985), ch. P-4] vise à empêcher les actions en invalidation irresponsables : *Apotex Inc. c. Hoffman-La Roche Ltd.*, [1980] 2 C.F. 586 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 590. Le montant de 1 000 \$ avait sans doute un effet dissuasif important en 1900, mais est nettement insuffisant pour atteindre cet objectif aujourd'hui. Dans les cas où le demandeur a fait défaut de verser un paiement dans une instance fondée sur la *Loi sur les brevets*, la Cour a été disposée à lui accorder un allègement à l'égard des conséquences découlant de l'infraction : *Teva Canada Ltd. c. OSI Pharmaceuticals, Inc.*, [2012] A.C.F. n° 1670 (C.F.) (QL), au paragraphe 21. Dans la même veine, j'ai conclu qu'un défaut de paiement visé par la Loi peut être corrigé par une consignation au tribunal après le dépôt de la demande. Le défaut ne constitue pas un motif permettant de rejeter la requête à ce stade de l'instance.

[87] Le délai prescrit à l'article 527 est impératif. La Loi ne permet pas à la Cour d'exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à proroger le délai à l'intérieur duquel une requête en annulation peut être présentée.

provision in the predecessor legislation, section 12 of *The Dominion Controverted Elections Act* [R.S.C. 1906, c. 7]: *Money v. Rankin* (1909), 18 O.L.R. 661 (H.C.J.), at pages 662–663.

[88] Parliament’s intent appears to be that such applications should be brought and dealt with without delay. The respondent MPs and the Chief Electoral Officer observe that the Act contemplates the filing of applications on the basis of mere allegations before they can be substantiated, in order to meet the limitation period. This may have the undesirable effect of encouraging litigation that is not well founded but such applications may, of course, be withdrawn if evidence to support them is not uncovered.

[89] Where paragraph 527(a) does not apply, as here, the 30-day limit begins to run only when the occurrence was discovered or was reasonably discoverable in the circumstances. There is no outside time limit in the Act for bringing an application on freshly discovered grounds, other than that presumably imposed by the parliamentary term as the matter would then become moot when another election was convened.

[90] In interpreting paragraph 527(b), the Court should seek to find a balance between the objective of discouraging untimely applications that have no prospect of success and those that address serious concerns with the integrity of the electoral process.

(6) Section 527, “knew or should have known”

[91] The legislation leaves the door open for an application that is brought within 30 days of the day when the elector or candidate “knew or should have known” of the occurrence (in French, “*a appris, ou aurait dû savoir*”). The language “knew or should have known” allows for some flexibility in determining on the evidence when the applicant had actual or imputed knowledge of the occurrence sufficient to start the 30-day deadline running.

Telle était également la règle applicable à la disposition similaire contenue dans le texte législatif précédent, l’article 12 de l’*Acte des élections fédérales contestées* [S.R.C. 1906, ch. 7] : *Money v. Rankin* (1909), 18 O.L.R. 661 (H.C.J.), aux pages 662 et 663.

[88] Le législateur souhaitait apparemment que ces requêtes soient présentées et instruites sans délai. Les députés défendeurs et le directeur général des élections soulignent que la Loi prévoit le dépôt de requêtes fondées sur de simples allégations, avant qu’elles puissent être étayées, afin que le délai prescrit soit respecté. Cette possibilité risque d’encourager des litiges qui ne sont pas bien fondés; toutefois, il est évidemment possible de retirer ce type de requête dans le cas où aucun élément de preuve à l’appui n’est découvert.

[89] Lorsque l’alinéa 527(a) ne s’applique pas, comme c’est le cas en l’espèce, le délai de 30 jours commence à courir seulement au moment où l’événement a été découvert ou pouvait raisonnablement être découvert dans les circonstances. La Loi ne prévoit aucun délai relatif à la présentation d’une demande fondée sur des motifs nouvellement découverts, si ce n’est le délai probablement imposé par le mandat du Parlement, car la question deviendrait alors théorique lorsqu’une autre élection serait déclenchée.

[90] Aux fins de l’interprétation de l’alinéa 527(b), la Cour devrait s’efforcer de concilier l’objectif de décourager les contestations tardives qui n’ont aucune chance d’être accueillies avec celui d’examiner les demandes qui soulèvent des préoccupations sérieuses au sujet de l’intégrité du processus électoral.

6) Article 527, « a appris, ou aurait dû savoir »

[91] La Loi permet qu’une requête soit présentée dans les 30 jours suivant la date à laquelle l’électeur ou le candidat « a appris, ou aurait dû savoir ». Les mots « a appris, ou aurait dû savoir » accordent une certaine marge de manœuvre quant à l’examen de la question de savoir si le requérant avait une connaissance, réelle ou imputée, suffisante de la faute reprochée pour déclencher l’application du délai de 30 jours.

[92] The first part of the phrase “knew or should have known” refers to actual knowledge on the part of the applicant. The words “or should have known” impose an objective standard. Prothonotary Milczynski described that aspect of the test in *Bielli*, above, at paragraph 22:

What an applicant “should have known” is a factual inquiry, guided by the principles developed in the case law with respect to discoverability and the reasonable inferences that can be drawn from the facts and surrounding circumstances of a particular case. It is not a determination based on the subjective or individual perception or experience, but what is reasonable to conclude regarding what a person ought to have known in the circumstances.

[93] It is a question of fact for the court to determine whether an applicant knew or should have known of the event earlier and brought the application in a more timely manner.

[94] Having set out the legal framework that governs this decision, I will now turn to the issues in this case beginning with the motions that remained outstanding at the start of the hearing.

#### IV. Analysis

##### A. *Preliminary motions*

- (1) Was there maintenance and champerty by the Council of Canadians?

[95] At common law, maintenance is the promotion or support of contentious legal proceedings by a stranger who has no direct concern in the proceedings. It consists, usually, in financial assistance to bear the whole or part of the cost of the action or in saving a litigant expenses that might otherwise be incurred. Champerty is an aggravated form of maintenance in unlawfully maintaining an action in consideration of an agreement to receive part of anything that may be gained as a result of the proceedings, or some other profit: *Woroniuk v. Woroniuk* (1977), 17 O.R. (2d) 460 (S.C.), at page 462, citing John

[92] Les premiers mots de l’expression « a appris, ou aurait dû savoir » renvoient à la connaissance réelle de la part du demandeur. Quant aux mots « ou aurait dû savoir », ils imposent une norme objective. La prothonotaire Milczynski a décrit cet aspect du critère dans la décision *Bielli*, susmentionnée, au paragraphe 22 :

Le point de savoir ce qu’un demandeur « aurait dû savoir » est une question de fait, dont l’examen est régi par les principes que la jurisprudence a élaborés concernant le moment où le préjudice aurait pu être découvert et les inférences raisonnables pouvant être tirées des faits et circonstances de l’espèce. La réponse à cette question ne se fonde pas sur la perception ou l’expérience subjectives ou individuelles, mais sur ce qu’on peut raisonnablement déduire que la personne aurait dû savoir compte tenu des circonstances.

[93] La question de savoir si le demandeur avait ou aurait dû avoir connaissance plus tôt de l’affaire et aurait dû présenter plus tôt la requête en contestation est une question de fait.

[94] Ayant exposé les paramètres juridiques qui régissent la décision à rendre en l’espèce, j’examine maintenant les questions soulevées dans la présente affaire en commençant par les requêtes qui n’avaient pas encore été tranchées au début de l’audience.

#### IV. Analyse

##### A. *Requêtes préliminaires*

- 1) Y a-t-il eu soutien délictueux et champartie de la part du Conseil des Canadiens?

[95] En common law, le soutien délictueux réside dans la promotion ou le soutien de procédures judiciaires contestées par un étranger qui n’a aucun intérêt direct dans l’issue de l’instance. Ce soutien consiste habituellement à payer tout ou partie des frais de l’action d’une partie ou à lui permettre d’économiser des frais qu’elle devrait par ailleurs engager. Pour sa part, la champartie est une forme de soutien délictueux grave qui consiste à soutenir illégalement une action en échange de la réception d’une partie du montant qui pourrait être obtenu par suite de l’instance, ou d’un autre profit : *Woroniuk v.*

G. Fleming, *The Law of Torts*, 3rd ed. [Sydney: Law Book, 1965], pages 592–593.

[96] The concept of maintenance and champerty has been preserved in some provincial legislation (*An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, c. 327) and remains an active common law doctrine in some provinces and in Federal Court practice: see for example, *Fredrickson v. Insurance Corp. of British Columbia* (1986), 28 D.L.R. (4th) 414 (B.C.C.A.); *Ernst & Young Inc. v. Chartis Insurance Company of Canada*, 2012 ONSC 5020 (CanLII), 14 C.C.L.I. (5th) 270, at paragraph 146; *Tacan v. Canada*, 2003 FC 915, 237 F.T.R. 304, at paragraphs 6–11.

[97] Where the concept remains alive, two requirements are necessary. The first is that the party must have an “improper motive” in maintaining the action. The second is that the plaintiff must be otherwise not disposed to enforce its legal rights against the defendant, but for the “officials intermeddling” of the maintainer: *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)*, 2002 CanLII 45046, 61 O.R. (3d) 257 (C.A.) (*McIntyre Estate*); *Buday v. Locator of Missing Heirs Inc.* (1993), 16 O.R. (3d) 257 (C.A.); *Stetson Oil & Gas Ltd. v. Thomas Weisel Partners Canada Inc.*, 2009 CanLII 13618 (Ont. Sup. Ct.).

[98] The respondent MPs’ motion alleged that the applicants in this case were enlisted to serve as surrogates for the Council, an organization said to have a long-standing animus against the Conservative Party of Canada. They asserted that the Council was profiting by these applications in that it was conducting fund-raising activities in support of the applicants and benefited from the increased profile that it had gained from this case.

[99] The respondent MPs claim that the Council has an advantage as it is not subject to the rules on political party financing. While that may be true, the applicants reply, the Council is not a registered charity and contributions in its hands are fully taxed whereas contributions to the Conservative Party, which may be used to pay the respondent MPs’ costs for this litigation, are subsidized by as much as 75 percent by the taxpayer (*Income Tax*

*Woroniuk* (1977), 17 O.R. (2d) 460 (C.S.), à la page 462, citant John G. Fleming, *The Law of Torts*, 3<sup>e</sup> éd. [Sydney : Law Book, 1965], aux pages 592 et 593.

[96] Le concept du soutien délictueux et de la champartie a été préservé dans certaines lois provinciales (*An Act respecting Champerty*, R.S.O. 1897, ch. 327) et demeure toujours en vigueur en common law dans certaines provinces et dans la pratique de la Cour fédérale : voir, par exemple, *Fredrickson v. Insurance Corp. of British Columbia* (1986), 28 D.L.R. (4th) 414 (C.A. C.-B.); *Ernst & Young Inc. v. Chartis Insurance Company of Canada*, 2012 ONSC 5020 (CanLII), 14 C.C.L.I. (5th) 270, au paragraphe 146; *Tacan c. Canada*, 2003 CF 915, aux paragraphes 6 à 11.

[97] Lorsque le concept demeure en vigueur, deux exigences doivent être respectées. Selon la première, la partie doit soutenir l’action pour un « motif inapproprié ». Selon la seconde, le demandeur ne doit pas être disposé par ailleurs à faire valoir ses droits contre le défendeur en l’absence de l’« immixtion malveillante » du défendeur abusif : *McIntyre Estate v. Ontario (Attorney General)*, 2002 CanLII 45046, 61 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 257 (C.A.) (*McIntyre Estate*); *Buday v. Locator of Missing Heirs Inc.* (1993), 16 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 257 (C.A.); *Stetson Oil & Gas Ltd. v. Thomas Weisel Partners Canada Inc.*, 2009 CanLII 13618 (C.S. Ont.).

[98] Dans leur requête, les députés défendeurs ont fait valoir que les demandeurs en l’espèce avaient été engagés pour agir comme substituts du Conseil, lequel organisme éprouverait depuis longtemps de l’animosité à l’endroit du Parti conservateur du Canada. Ils ont allégué que le Conseil profitait de ces requêtes, puisqu’il menait des activités de financement au soutien des demandeurs et bénéficiait d’une visibilité accrue grâce à la présente affaire.

[99] Les députés défendeurs affirment que le Conseil est avantagé du fait qu’il n’est pas assujéti aux règles relatives au financement des partis politiques. Les demandeurs répliquent que, même si c’est peut-être vrai, le Conseil n’est pas un organisme de bienfaisance et les contributions qu’il reçoit sont entièrement imposées entre ses mains, tandis que les contributions versées au Parti conservateur, qui peuvent servir à payer les frais

*Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1, subsection 127(3); *Canada Elections Act*, subsection 438(3)).

[100] In support of the motion, the respondent MPs filed the affidavit of Peter J. Henein, a lawyer with the firm that is counsel to the respondent MPs in these proceedings, to which were attached 84 exhibits consisting of some 700 pages of documentary material taken from the Council's website, news reports, press releases and other sources. Much of the content of the 118 paragraphs of the affidavit consists of statements alleging political motivations on the part of Maude Barlow, the Council's National Chairperson, and Steven Shrybman, counsel for the applicants in these proceedings and of record for the Council in other proceedings. It is alleged, among other things, that the litigation in this case was motivated by animus against Prime Minister Stephen Harper and the Conservative Party of Canada and that the Council was closely associated with the New Democratic Party and labour unions.

(a) Is Mr. Henein's affidavit admissible?

[101] As noted above, a motion was brought by the applicants to strike the Henein affidavit on the ground that it was contrary to rule 82 of the *Federal Courts Rules*. The motion to strike was withdrawn without prejudice to the applicants' right to impugn the evidence at the hearing.

[102] Rule 82 provides as follows:

Use of  
solicitor's  
affidavit

**82.** Except with leave of the Court, a solicitor shall not both depose to an affidavit and present argument to the Court based on that affidavit.

[103] The rule has been applied not just to counsel of record but also to members of the same law firm that represents one of the parties before the Court: *Addo v. OT Africa Line*, 2006 FC 1099, 297 F.T.R. 283.

que les députés défendeurs ont engagés dans le présent litige, sont subventionnées jusqu'à concurrence de 75 p.100 par les contribuables (*Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1, paragraphe 127(3); *Loi électorale du Canada*, paragraphe 438(3)).

[100] Au soutien de leur requête, les députés défendeurs ont déposé l'affidavit de Peter J. Henein, avocat faisant partie du cabinet qui les représente dans la présente instance; à cet affidavit étaient jointes 84 pièces contenant environ 700 pages de documents qui provenaient, notamment, du site Web du Conseil, d'articles de presse et de communiqués de presse. Les 118 paragraphes de l'affidavit se composent en grande partie de déclarations faisant état de motivations politiques de la part de Maude Barlow, la présidente du Conseil national, et de Steven Shrybman, l'avocat qui représente les demandeurs en l'espèce et le Conseil dans d'autres instances. Il est allégué, notamment, que le présent litige a été motivé par un sentiment d'animosité à l'endroit du premier ministre Stephen Harper et du Parti conservateur du Canada et que le Conseil était lié de près au Nouveau Parti démocratique et aux syndicats.

a) L'affidavit de M. Henein est-il admissible?

[101] Tel qu'il est mentionné plus haut, les demandeurs ont présenté une requête visant à faire radier l'affidavit de Henein au motif qu'il allait à l'encontre de la règle 82 des *Règles des Cours fédérales*. La requête en radiation a été retirée, les demandeurs conservant toutefois le droit d'attaquer la preuve à l'audience.

[102] La règle 82 est ainsi libellée :

**82.** Sauf avec l'autorisation de la Cour, un avocat ne peut à la fois être l'auteur d'un affidavit et présenter à la Cour des arguments fondés sur cet affidavit.

Utilisation de  
l'affidavit  
d'un avocat

[103] Cette disposition des Règles a été appliquée non seulement aux avocats inscrits au dossier, mais également aux membres du même cabinet d'avocats qui représente l'une des parties devant la Cour : *Addo c. OT Africa Line*, 2006 CF 1099.

[104] In applying the rule, the Court may accept an affidavit from a member of the firm of solicitors representing a party on a motion where the affidavit is restricted to non-controversial matters such as the furnishing of undisputed documents or the recitation of undisputed facts. However, where such affidavits go further and include matters that are disputed or controversial or are expressions of opinion or state of mind, the Court will be reluctant to accept or give weight to such evidence: *AB Hassle v. Apotex Inc.*, 2008 FC 184, 65 C.P.R. (4th) 332, at paragraph 46.

[105] As discussed by Stratas J.A. in *Pluri Vox Media Corp. v. Canada*, 2012 FCA 18, 2012 DTC 5039, at paragraphs 3 to 13, the purpose of rule 82 is to prevent, as much as possible, “the invidious circumstances that can arise when lawyers act as both witnesses and advocates in the same matter” (paragraph 3). In that case, the affidavit was admitted given the uncontroversial nature of the exhibits and their minimal importance to the motion. That is not the case here. Mr. Henein’s affidavit goes directly to the substance of the motion and to the merits of the applications.

[106] The Court may have been inclined to overlook the rule 82 difficulty with Mr. Henein’s affidavit had it been confined to the facts supporting the motion. The purpose of an affidavit is to adduce facts relevant to the dispute without gloss or explanation: *Canada (Attorney General) v. Quadrini*, 2010 FCA 47, 399 N.R. 33, at paragraph 18. However, the Henein affidavit is replete with statements of opinion, argumentation, allegations against opposing counsel and conclusions of law on the very issues which are before the Court for determination.

[107] The usual remedy for an affidavit that contains portions that are tendentious, opinionated and argumentative is to strike out those portions upon a motion prior to the hearing: *Deigan v. Canada (Minister of Industry)* (1996), 206 N.R. 195 (F.C.A.). Where the arguments and conclusions of law are unseverable the entire affidavit should be struck: *Van Duyvenbode v. Canada (Attorney*

[104] Lorsqu’elle applique cette disposition des Règles, la Cour peut accepter un affidavit d’un membre du cabinet d’avocats représentant une partie à l’égard d’une requête dans les cas où l’affidavit porte sur des questions non controversées, comme la communication de documents non contestés ou la description de faits non contestés. Cependant, lorsque l’affidavit va plus loin et couvre des questions qui sont contestées ou fait état d’expressions d’opinion ou de descriptions d’un état d’esprit, la Cour sera réticente à l’accepter ou à y accorder du poids : *AB Hassle c. Apotex Inc.*, 2008 CF 184, au paragraphe 46.

[105] Comme l’a expliqué le juge Stratas, de la Cour d’appel fédérale, dans l’arrêt *Pluri Vox Media Corp. c. Canada*, 2012 CAF 18, aux paragraphes 3 à 13, la règle 82 a pour objet d’empêcher, autant qu’il est raisonnablement possible de le faire, « la situation pénible qui peut survenir lorsque les avocats agissent à la fois comme témoins et représentants dans la même affaire » (paragraphe 3). Dans cette affaire-là, l’affidavit a été admis en preuve, compte tenu de la nature non controversée des pièces et de leur peu d’importance au regard de la requête. Tel n’est pas le cas en l’espèce. L’affidavit de M. Henein porte directement sur le fond de la requête et sur le bien-fondé des demandes.

[106] La Cour aurait peut-être été tentée de ne pas tenir compte du problème inhérent à l’application de la règle 82 des Règles si l’affidavit de M. Henein avait porté uniquement sur les faits à l’appui de la requête. L’affidavit a pour but de présenter les faits pertinents quant au litige sans commentaires ni explications : *Canada (Procureur général) c. Quadrini*, 2010 CAF 47, au paragraphe 18. Cependant, l’affidavit de Henein comporte un très grand nombre de déclarations d’opinions, d’arguments, d’allégations visant les avocats de la partie adverse et de conclusions de droit sur les questions que la Cour est appelée à trancher.

[107] Lorsqu’un affidavit contient des paragraphes qui sont tendancieux, opiniâtres et prêtent à controverse, la réparation habituelle consiste à radier ces paragraphes sur présentation d’une requête avant l’audience : *Deigan c. Canada (Ministre de l’Industrie)*, [1996] A.C.F. n° 1360 (C.A.) (QL). Dans les cas où les arguments et les conclusions de droit ne peuvent être séparés,

*General*), 2009 FCA 120. That was not done in this case due to the pre-hearing arrangement between the parties not to cross-examine each other's deponents and withdrawal of the motion to strike the Henein affidavit. But in my view the content of the affidavit, other than as a vehicle to introduce the exhibits, was improper and I will exercise my discretion to give it no weight or probative value. The exhibits remain part of the record.

(b) Conclusion on maintenance and champerty

[108] There is no maintenance if the alleged maintainer had a legitimate motive and was not acting maliciously: *Adi v. Datta*, 2011 ONSC 2496 (CanLII), at paragraph 54. The respondents allege that the Council's motive in providing financial assistance to the applicants is to attack the Conservative Party of Canada and the Government of Prime Minister Stephen Harper.

[109] It appears from the record, including certain of the exhibits attached to the Henein affidavit, that throughout its existence, the Council has been a consistent critic of government actions whatever party was in office. I was taken to several examples where the Council had unkind things to say about the former Liberal government. I was not, therefore, convinced that the Council's motivations in indemnifying the applicants against costs in this case were driven by a particular animus against the current Prime Minister and his party, as opposed to the broader public interest in clean elections.

[110] Even if the Council's motives in supporting the applications were politically partisan they would not be grounds for dismissal of these applications. At best, while I consider it doubtful, the allegations might support an independent cause of action against the Council by the respondent MPs: *Kroeker v. Harkema Express Lines Ltd.* (1973), 2 O.R. (2d) 210 (H.C.J.), at page 212,

l'affidavit devrait être radié en entier : *Van Duyvenbode c. Canada (Procureur général)*, 2009 CAF 120. Cette mesure n'a pas été prise en l'espèce, étant donné que les parties avaient convenu avant l'audience de ne pas contre-interroger les souscripteurs d'affidavit des autres parties et que la requête en radiation de l'affidavit de Henein avait été retirée. Cependant, à mon avis, sauf dans la mesure où il a servi à présenter les pièces, le contenu de l'affidavit était inapproprié et je ne lui accorderai aucun poids ou valeur probante, conformément au pouvoir discrétionnaire dont je suis investi. Les pièces demeurent toutefois dans le dossier.

b) Conclusion sur le soutien délictueux et la champartie

[108] Il n'y a pas de soutien délictueux lorsque le prétendu demandeur abusif avait un motif légitime et n'agissait pas de manière malveillante : *Adi v. Datta*, 2011 ONSC 2496 (CanLII), au paragraphe 54. Les défendeurs reprochent au Conseil de fournir de l'aide financière aux demandeurs afin d'attaquer le Parti conservateur du Canada et le gouvernement du premier ministre Stephen Harper.

[109] Il appert du dossier, y compris certaines pièces jointes à l'affidavit de Henein, que tout au long de son existence, le Conseil a constamment critiqué les mesures gouvernementales, indépendamment du parti au pouvoir. Plusieurs exemples de cas où le Conseil a formulé des commentaires peu éloquents à l'endroit de l'ancien gouvernement libéral ont été mentionnés. Je n'ai pas été convaincu qu'en dédommageant les demandeurs de leurs frais en l'espèce, le Conseil était animé par un sentiment d'animosité particulier qu'il éprouvait à l'encontre du premier ministre et de son parti plutôt que par le désir d'assurer la tenue d'élections transparentes, au nom de l'intérêt public.

[110] Même si les raisons pour lesquelles le Conseil a appuyé les demandes étaient partisans sur le plan politique, elles ne constitueraient pas des motifs permettant de rejeter celles-ci. Au mieux, bien que cela me semble douteux, les allégations pourraient appuyer un droit d'action indépendant que les députés défendeurs exerceraient contre le Conseil : *Kroeker v. Harkema Express*

citing *Skelton v. Baxter*, [1916] 1 K.B. 321 (C.A.), at page 326. They do not constitute eligible grounds under subsection 531(1) of the Act (“vexatious, frivolous, or not made in good faith”) which refer to the motives of the applicants themselves. Their motives have not been impugned in these proceedings. Therefore, even if the conduct of the Council was seen to be “officious intermeddling” to the degree that it may be actionable, the Court would have no jurisdiction to dismiss these applications.

[111] As a general rule, the courts will not concern themselves with how a lawsuit is funded: *Jacobi v. Newell (County No. 4)* (1992), 136 A.R. 165 (Q.B.). Maintenance and champerty may still have some relevance today in the context of disputes between private parties over contractual arrangements and property rights. The concepts are inconsistent, in my view, with the recognition in modern society of the role of non-governmental organizations in facilitating access to justice and the validity of alternative arrangements for funding litigation, such as contingency fees: *McIntyre Estate*, above. The costs of litigating, particularly when facing well-resourced respondents, are formidable.

[112] Here, the applicants have no prospect of financial reward from these proceedings and there are issues of broad public interest at stake. It is doubtful that they would have had the financial ability to bring these applications on their own without support from some agency. The ability of citizens to bring matters before the courts in the public interest should not be deterred: *Lavigne and Ontario Public Service Employees Union et al. (No. 2), Re* (1987), 60 O.R. (2d) 486 (H.C.J.) (*Lavigne*), at pages 526–527, revd but affd as to costs [*sub nom. Lavigne v. O.P.S.E.U.*] (1989), 67 O.R. (2d) 536 (C.A.), at pages 575–576, appeal judgment affd [*sub nom. Lavigne v. Ontario Public Service Employees Union*] [1991] 2 S.C.R. 211.

*Lines Ltd.* (1973), 2 O.R. (2d) 210 (H.C.J.), à la page 212, citant *Skelton v. Baxter*, [1916] 1 K.B. 321 (C.A.), à la page 326. Elles ne constituent pas des motifs visés au paragraphe 531(1) de la Loi (demande « vexatoire ou dénuée de tout intérêt ou de bonne foi »). Les motifs qu’invoquent les demandeurs n’ont pas été contestés en l’espèce. En conséquence, même si la conduite du Conseil était considérée comme de l’immixtion malveillante au point de donner ouverture à des poursuites, la Cour n’aurait pas compétence pour rejeter les présentes demandes.

[111] En général, les tribunaux ne se préoccupent pas de la façon dont une poursuite judiciaire est financée : *Jacobi v. Newell (County No. 4)* (1992), 136 A.R. 165 (B.R.). Le soutien délictueux et la champartie peuvent demeurer pertinents aujourd’hui dans le contexte des différends opposant des parties privées et concernant des ententes contractuelles et des droits de propriété. À mon avis, ces concepts sont incompatibles avec la reconnaissance, dans la société moderne, du rôle que jouent les organisations non gouvernementales pour faciliter l’accès à la justice ainsi que de la validité de différentes ententes en matière de financement des litiges, comme les ententes sur les honoraires conditionnels : arrêt *McIntyre Estate*, susmentionnée. Les frais de litige peuvent atteindre des montants astronomiques, notamment lorsque les demandeurs font face à des défendeurs bien nantis.

[112] Dans la présente affaire, les demandeurs n’ont aucune possibilité de tirer un gain financier des procédures qu’ils ont engagées et des questions d’intérêt public général sont en jeu. Il est loin d’être certain qu’ils auraient eu les ressources financières voulues pour engager la présente demande de leur propre chef sans le soutien d’un organisme et il ne faut faire entrave à la capacité des citoyens d’ester en justice dans l’intérêt public : *Lavigne and Ontario Public Service Employees Union et al. (No. 2), Re* (1987), 60 O.R. (2d) 486 (H.C.J.) (*Lavigne*), aux pages 526 et 527, inf., mais conf. quant aux dépens [*sub nom. Lavigne v. O.P.S.E.U.*] (1989), 67 O.R. (2d) 536 (C.A.), aux pages 575 et 576, jugement en appel conf. par [*sub nom. Lavigne c. Syndicat des employés de la fonction publique de l’Ontario*] [1991] 2 R.C.S. 211.



[113] There is no evidence that the applicants acted for any reason other than to assert their rights to a fair election as Canadian citizens and electors.

[114] The fundamental aim of the law of champerty has always been to protect the administration of justice from abuse. It is not an abuse of the court's process for an elector, with or without the support of a non-governmental organization, to bring an application to contest an election where there is evidence of an attempt to affect the results of that election through fraud. This is particularly true where the right to bring the application arises by statute and does not find its basis in any agreement with the third party: *S v. K* (1986), 55 O.R. (2d) 111 (Dist. Ct).

[115] Thus, even had I accepted the Henein affidavit as admissible and of probative value, I would dismiss the motion to strike the applications on the ground of champerty. The motion was, in my view, an attempt to derail these applications before they could be heard and determined on the merits and was brought without justification.

(2) Are the applications statute-barred?

[116] The election was held on May 2, 2011. The election results for the ridings in question were published in the *Canada Gazette* between May 17, 2011 and May 26, 2011.

[117] The applications were filed on March 23, 2012 (Burkhart (Saskatoon–Rosetown–Biggar), Reid (Elmwood–Transcona), McEwing and Kerr (Winnipeg South Centre), and Ferance and Walsh Craig (Nipissing–Timiskaming)) and March 26, 2012 (Kafka (Vancouver Island North), and Parlee (Yukon)). The respondent MPs submit that they are out of time as they were not filed within 30 days of the date on which the applicants knew or ought to have known of the occurrence of the fraud or the corrupt or illegal practice relating to the telephone calls. Even if the applicants did not know of these until

[113] Il n'y a aucun élément de preuve démontrant que les demandeurs ont agi pour une raison autre que celle de faire valoir leur droit à une élection équitable en qualité de citoyens et d'électeurs canadiens.

[114] L'objet fondamental des règles de droit relatives à la champartie a toujours été de protéger l'administration de la justice contre les risques d'abus. Un électeur n'utilise pas les procédures de la Cour de façon abusive lorsqu'il présente une requête, avec ou sans le soutien d'une organisation non gouvernementale, pour contester une élection dans des circonstances où il existe des éléments de preuve d'une manœuvre frauduleuse visant à influencer sur les résultats de l'élection. C'est particulièrement vrai lorsque le droit de présenter la requête découle d'un texte législatif et ne repose nullement sur une entente conclue avec la tierce partie : *S v. K* (1986), 55 O.R. (2d) 111 (C. dist.).

[115] En conséquence, même si j'avais accepté l'affidavit de Henein comme document admissible ayant une valeur probante, je rejetterais la requête en radiation des demandes fondée sur l'allégation de champartie. À mon avis, la requête visait à faire dérailler les présentes demandes avant que celles-ci puissent être entendues et tranchées sur le fond et a été présentée sans justification.

2) Les demandes sont-elles prescrites?

[116] L'élection a eu lieu le 2 mai 2011 et les résultats de l'élection pour les circonscriptions en cause ont été publiés dans la *Gazette du Canada* entre le 17 mai 2011 et le 26 mai 2011.

[117] Les demandes ont été déposées le 23 mars 2012 (Burkhart (Saskatoon–Rosetown–Biggar), Reid (Elmwood–Transcona), McEwing et Kerr (Winnipeg-Centre-Sud), et Ferance et Walsh Craig (Nipissing–Timiskaming)) et le 26 mars 2012 (Kafka (Île de Vancouver-Nord) et Parlee (Yukon)). Les députés défendeurs soutiennent que les demandes ont été introduites hors délai, parce qu'elles n'ont pas été déposées dans les 30 jours suivant la date à laquelle les demandeurs ont appris ou auraient dû savoir que les fraude, manœuvre frauduleuse ou acte illégal avaient été commis. Même si

the media reports appeared in February 2012, by the respondent MPs' calculation they still missed the 30-day limitation period, in part because 2012 was a leap year.

[118] The respondent MPs argue also that because the applications were not initially accompanied by the security for costs required by the statute they did not become complete until those sums were paid, after the 30 days were up, and thus were not "filed" within time. As noted above, I find that the Court can relieve against any such failure to make payment and in the present case I consider any delay in that respect to have been cured.

[119] The applicants' evidence is that while they knew of the calls they had received on or before May 2, 2011, they did not suspect that the calls were attempts to mislead them until the story of the investigation broke in the national media on and after February 22, 2012. There is evidence that the CBC reported that Elections Canada was warning voters to ignore false information about polling station changes before the polls opened on May 2, 2011 and evidence of several media reports after the election. The evidence does not establish how widely those reports were disseminated, how often they were repeated by media outlets or whether they were published by local news media. There is no evidence that the applicants saw or heard any of these early news reports.

[120] The applicants say that they did not know that the calls they received were not from Elections Canada or candidates at the time they were received. They did not discover that the calls were false and maliciously motivated until: in the case of the applicants Ferance, Walsh Craig, Kafka, and McEwing, late February 2012, and for Parlee, Reid, and Kerr, early March 2012.

les demandeurs n'ont été mis au courant de ces événements que lorsque les médias ont diffusé la nouvelle en février 2012, selon le calcul des députés défendeurs, les demandeurs ont quand même dépassé le délai de 30 jours, en partie parce que le mois de février 2012 se trouvait dans une année bissextile.

[118] Les députés défendeurs ajoutent que, étant donné que le cautionnement pour frais exigé par la Loi n'avait pas été déposé à l'origine en même temps que les demandes, celles-ci n'ont été complètes que lorsque ces montants ont été versés, soit après l'expiration du délai de 30 jours, de sorte qu'elles n'ont pas été « déposées » à l'intérieur du délai prescrit. Tel qu'il est mentionné plus haut, je suis d'avis que la Cour peut accorder une dispense à l'égard de ce défaut de paiement et, dans la présente affaire, j'estime que tout retard a été corrigé.

[119] Selon la preuve qu'ils ont présentée, même si les demandeurs étaient au courant des appels qu'ils avaient reçus le 2 mai 2011 ou avant, ce n'est que lorsque les médias nationaux ont diffusé la nouvelle de l'enquête à compter du 22 février 2012 qu'ils ont soupçonné que les appels en question visaient à les tromper. Certains éléments de preuve montrent que la Société Radio-Canada (la SRC) a fait savoir qu'Élections Canada prévenait les électeurs d'ignorer les faux renseignements concernant les changements d'adresse des bureaux de scrutin avant l'ouverture des bureaux le 2 mai 2011, tandis que d'autres font état de plusieurs reportages présentés par les médias après l'élection. La preuve ne permet pas de connaître la portée de la diffusion de ces reportages, la fréquence à laquelle ils ont été présentés par les organes médiatiques ou la mesure dans laquelle ils ont été publiés par les médias d'information locaux. Aucun élément de preuve n'établit que les demandeurs ont vu ou entendu l'une ou l'autre de ces premiers reportages.

[120] Les demandeurs soutiennent qu'ils ignoraient à l'époque que les appels qu'ils ont reçus ne provenaient pas d'Élections Canada ou des candidats. Ils ont appris que les appels étaient faux et malveillants uniquement, dans les cas des demandeurs Ferance, Walsh Craig, Kafka et McEwing, à la fin de février 2012 et, dans le cas de Parlee, Reid et Kerr, au début de mars 2012. Kay

Kay Burkhart, applicant in the district of Saskatoon–Rosetown–Biggar, is silent on when she became aware of the occurrence. Supporting affidavits from Gail Nardi (Yukon) and Christopher Lanctot (Saskatoon–Rosetown–Biggar) also state that they became aware of the occurrence in early March. As none of the applicants and supporting electors were cross-examined on their affidavits this evidence remains uncontroverted.

[121] The Supreme Court expressed the concern in *Opitz*, at paragraph 56, that Part 20 of the Act “should not be taken by losing candidates as an invitation to examine the election records... in the hopes of getting a second chance.” This is not such a case. These applications do not constitute an abuse of section 524. They are brought out of legitimate concerns that the electoral process was violated by persons seeking to suppress the applicants’ votes.

[122] The respondent MPs rely on *Hilton v. Norgaard* (1992), 11 M.P.L.R. (2d) 256 (B.C.S.C.). In that case, several town council members sought the disqualification of the mayor on conflict of interest grounds. The council members had been aware of the grounds for the application for some considerable time but delayed in bringing their application until they had obtained legal advice that they had sufficient information to proceed. That situation bears little resemblance to the facts of this matter.

[123] In this instance, the applicants were not put on notice of the fraud by their awareness of the calls that they had received. Nor were they aware of the fact that those calls were part of an orchestrated campaign of misdirection. That fact was not readily discoverable by them with a reasonable exercise of diligence within 30 days of the occurrence. The applicants bore no individual responsibility to make in-depth inquiries about the calls they had received.

Burkhart, demanderesse de la circonscription de Saskatoon–Rosetown–Biggar, ne mentionne pas à quel moment elle a appris que la faute en question avait été commise. Dans des affidavits à l’appui, Gail Nardi (Yukon) et Christopher Lanctot (Saskatoon–Rosetown–Biggar) affirment également qu’ils ont appris au début de mars que la faute en question avait été commise. Étant donné que les demandeurs et les électeurs qui les appuyaient n’ont pas été contre-interrogés au sujet de leurs affidavits, cette preuve demeure non controversée.

[121] Au paragraphe 56 de l’arrêt *Opitz*, la Cour suprême du Canada a souligné que « les candidats défaits ne doivent pas voir la partie 20 de la Loi comme une invitation à examiner les registres électoraux [...] dans l’espoir d’obtenir une seconde chance ». Tel n’est pas le cas en l’espèce. Les présentes demandes ne constituent pas une utilisation abusive de l’article 524. Elles découlent de préoccupations légitimes selon lesquelles certaines personnes ont porté atteinte à l’intégrité du processus électoral en se livrant à des activités de neutralisation de la participation électorale.

[122] Les députés défendeurs invoquent la décision rendue dans *Hilton v. Norgaard* (1992), 11 M.P.L.R. (2d) 256 (C.S.C.-B.), où plusieurs membres du conseil de ville ont sollicité une déclaration d’incapacité du maire pour des raisons liées à un conflit d’intérêts. Les membres du conseil étaient au courant des motifs de la demande depuis assez longtemps, mais ils n’ont présenté celle-ci qu’après avoir obtenu un avis juridique selon lequel ils possédaient suffisamment de renseignements pour procéder. Cette situation est bien différente des faits de la présente affaire.

[123] Dans le cas qui nous occupe, les demandeurs n’ont pas été informés de la fraude du fait des appels qu’ils avaient reçus, pas plus qu’ils ne savaient que ces appels faisaient partie d’une campagne orchestrée de désinformation. Ils ne pouvaient pas vraiment le savoir en faisant preuve de diligence raisonnable dans les 30 jours suivant la conduite en question. Les demandeurs n’étaient nullement tenus personnellement de mener des enquêtes approfondies au sujet des appels qu’ils avaient reçus.

[124] The Court is unable to make a finding that the applicants knew or ought to have known of the fraudulent occurrences prior to the media reports that began on or about February 22, 2012. It would have taken some time for those reports to be disseminated widely in Canada. There is no evidence before me that the applicants knew of the complaints that were reported in the immediate aftermath of the election. It is not reasonable to expect that the average Canadian elector would have understood that the calls received on or before May 2, 2011 were not from Elections Canada until they saw the national media reports and made the connection between the calls they received and the investigations.

[125] The evidence is not clear as to precisely when the applicants became aware of the misrepresentations. Several of them took steps to obtain or to attempt to obtain their phone records and contacted Elections Canada to make complaints after they learned of the news stories. This was, I infer, the result of a dawning awareness that there had been a fraudulent attempt to divert them from their proper polling station. It was only in the latter stages of this process that they realized what had occurred.

[126] I accept that strict compliance with the time limitations is required to ensure that frivolous applications to annul elections are not made as a form of entertainment. That is a concern that I think carries more weight when the grounds of invalidity are “irregularities”. This is not such a case. Where electoral fraud is alleged and substantiated, the Court should be reluctant to deny the applicants a hearing on what may appear to be a technical, procedural ground advanced by a party that has an interest in preserving the result.

[127] If I am wrong in my assessment, I would prefer to err on the side of the applicants given the resources invested to date and the importance of the public interest in this case. In the circumstances, I am not prepared to find that the applicants are out of time to bring these applications.

[124] La Cour ne peut conclure que les demandeurs étaient au courant ou auraient dû être au courant des manœuvres frauduleuses avant que les médias ne commencent à en parler vers le 22 février 2012. Il a probablement fallu un certain temps avant que cette information soit répandue un peu partout au Canada. Je n’ai été saisi d’aucun élément de preuve établissant que les demandeurs étaient au courant des plaintes qui ont été signalées immédiatement après l’élection. Il n’est pas raisonnable de penser que l’électeur canadien moyen aurait compris que les appels reçus vers le 2 mai 2011 ne provenaient pas d’Élections Canada avant de prendre connaissance des reportages nationaux et de faire le lien entre les appels en question et les enquêtes.

[125] La preuve n’indique pas clairement à quel moment les demandeurs ont été mis au courant des informations mensongères. Plusieurs d’entre eux ont pris des mesures pour obtenir ou tenter d’obtenir les relevés de leurs appels téléphoniques et ont communiqué avec Elections Canada pour formuler des plaintes après avoir été mis au courant des nouvelles. Ils se sont alors rendu compte, je présume, qu’ils avaient fait l’objet d’une manœuvre frauduleuse visant à les détourner du bureau où ils devaient aller voter. Ce n’est qu’à ce moment-là qu’ils ont vraiment compris ce qui c’était passé.

[126] Je reconnais qu’il est nécessaire d’assurer le respect des délais prescrits afin de dissuader quiconque de présenter à la légère une demande frivole visant à faire annuler le résultat d’une élection. À mon avis, cette préoccupation est plus importante lorsque le motif de l’invalidité réside dans l’« irrégularité ». Tel n’est pas le cas en l’espèce. Lorsqu’une allégation de fraude électorale est fondée, la Cour devrait être réticente à refuser au demandeur le droit de se faire entendre pour un motif qui peut sembler technique et procédural et qui est invoqué par une partie ayant intérêt à préserver le résultat.

[127] Si mon analyse est erronée, je préfère pencher du côté des demandeurs, compte tenu des ressources investies jusqu’à maintenant et de l’importance de l’intérêt public en jeu. Dans les circonstances, je ne suis pas disposé à conclure que les présentes demandes ont été introduites hors délai.

(3) Should the opinion evidence of Mr. Graves be struck?

[128] Mr. Graves is the founder and president of EKOS Research Associates Inc., a public policy, survey and research firm. Mr. Graves' evidence (the EKOS survey) was presented as that of an expert in research methodology and design, and applied statistical analysis. He was asked to investigate three questions:

a. to what extent may certain voter suppression techniques have been used to influence the outcome of the 2011 election in the six ridings in question?

b. did any voter suppression activities found to have taken place deliberately target electors who were supporters of a particular political party or parties?

c. were any such voter suppression techniques and activities effective in discouraging those who would have otherwise voted from casting a ballot?

[129] EKOS conducted a survey between April 13 and 19, 2012 using Interactive Voice Response (IVR) technology, which selects respondents through random digit dialing (RDD) and allows respondents to enter their responses through the use of the keypad on their telephones rather than speaking with an interviewer. The results of the survey, analysis and conclusions were presented in a report, completed on April 23, 2012 and revised on October 24, 2012, which was attached as an exhibit to Mr. Graves' affidavit and tendered as expert opinion evidence.

[130] To be admissible, expert opinion evidence must meet the four part test set out in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9 (*Mohan*), at page 20:

Admission of expert evidence depends on the application of the following criteria:

(a) relevance;

(b) necessity in assisting the trier of fact;

3) La preuve d'opinion de M. Graves devrait-elle être radiée?

[128] M. Graves est le président et fondateur de la firme EKOS Research Associates Inc., spécialisée dans les sondages d'opinion publique. La preuve de M. Graves (le sondage EKOS) a été présentée comme celle d'un expert des méthodes de recherche et d'analyse statistique. M. Graves devait mener une enquête sur les questions suivantes :

[TRADUCTION] a. Dans quelle mesure est-il possible que certaines techniques de neutralisation de la participation électorale aient été employées de manière à influencer sur le résultat de l'élection de 2011 dans les six circonscriptions en question?

b. Les activités de neutralisation de la participation électorale qui ont été constatées ont-elles ciblé délibérément des électeurs qui appuyaient des partis politiques donnés?

c. Les techniques et activités de neutralisation de la participation électorale en question ont-elles véritablement eu pour effet de dissuader des personnes qui auraient par ailleurs voté de déposer un bulletin de vote?

[129] EKOS a mené un sondage entre les 13 et 19 avril 2012 à l'aide de la technologie de réponse vocale interactive (RVI), qui consiste à choisir les personnes interrogées au moyen d'un système d'appel aléatoire et à permettre à ces personnes d'inscrire leur réponse en utilisant le clavier de leur téléphone plutôt qu'en parlant à un interviewer. Les résultats du sondage, l'analyse et les conclusions ont été présentés dans un rapport préparé le 23 avril 2012 et révisé le 24 octobre 2012, lequel rapport a été joint comme pièce à l'affidavit de M. Graves et déposé à titre de preuve d'opinion d'un expert.

[130] Pour être admissible, la preuve d'opinion d'un expert doit satisfaire au critère à quatre volets énoncé dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9 (*Mohan*), à la page 20 :

L'admission de la preuve d'expert repose sur l'application des critères suivants :

a) la pertinence;

b) la nécessité d'aider le juge des faits;

(c) the absence of any exclusionary rule;

(d) a properly qualified expert.

[131] The relevance and necessity of this evidence was clear from the outset. If admitted and given probative weight, it was capable of supporting the annulment applications. Without it, it would have been very difficult to determine the truth of the allegations. No applicable exclusionary rule that would prohibit reception of the evidence was drawn to my attention. The respondent MPs' challenge was directed, rather, at the fourth point: Mr. Graves' qualifications as an expert and their allegations of partiality or bias.

[132] The respondent MPs contested Mr. Graves' qualifications for five reasons. They contended that: he misrepresented his expertise; he and his company are documented supporters of the Liberal Party; he has a significant adverse relationship with the respondent MPs' party; he has acted as an advocate for one of the parties in the case; and he failed to disclose important facts.

[133] On the merits of the opinion, the respondent MPs retained the services of Dr. Ruth Corbin to provide a critical analysis of the EKOS survey and Mr. Graves' evidence.

[134] In reply, the applicants asked Mr. Michael Adams of Environics, a competitor company to EKOS, and Dr. Maria Barrados, former president of the Public Service Commission and Assistant Auditor General of Canada to comment on Graves' reputation in his field. Mr. Adams deposed that Graves had "always abided by the highest professional standards" and to his knowledge never "allowed any personal motives or predilections to have interfered". He further commented that "[I]t is not common in our industry for competitors to offer testimonials to the quality of the work of other polling companies, but I find the attack on Mr Graves' [*sic*] so unfounded and irrelevant, in my view, to the substantive matters at hand that I am compelled to offer a very different view of his professional integrity." Dr. Barrados stated that Graves has always, to her knowledge, acted

c) l'absence de toute règle d'exclusion;

d) la qualification suffisante de l'expert.

[131] La pertinence et la nécessité de cette preuve étaient évidentes dès le départ. Si cette preuve était admise et qu'une valeur probante lui était accordée, elle pouvait appuyer les demandes d'annulation. Sans elle, il aurait été très difficile d'établir la véracité des allégations. Aucune règle d'exclusion applicable qui aurait pu empêcher la réception de la preuve n'a été portée à mon attention. Les députés défendeurs ont plutôt insisté sur le quatrième volet, la qualification de M. Graves comme expert et la partialité de ce témoin.

[132] Les députés défendeurs ont contesté la qualification de M. Graves pour cinq raisons. Ils ont soutenu que M. Graves avait donné une fausse description de son expertise, que lui-même et sa société sont des sympathisants du Parti libéral, comme en font foi certains documents, que M. Graves éprouve une profonde animosité à l'endroit du parti des députés défendeurs, qu'il a épousé la cause de l'une des parties dans l'affaire et qu'il a omis de divulguer des faits importants.

[133] En ce qui concerne le bien-fondé de l'opinion, les députés défendeurs ont retenu les services de M<sup>me</sup> Ruth Corbin et lui ont demandé de fournir une analyse critique du sondage EKOS et de la preuve de M. Graves.

[134] En réponse, les demandeurs se sont tournés vers M. Michael Adams, de la firme Environics, qui fait concurrence à EKOS, et vers M<sup>me</sup> Maria Barrados, ex-présidente de la Commission de la fonction publique et ex-vérificatrice générale adjointe du Canada, pour qu'ils commentent la réputation de M. Graves dans son domaine. M. Adams a affirmé que M. Graves [TRADUCTION] « s'était toujours conformé aux normes professionnelles les plus élevées et n'avait jamais permis que des motivations ou prédilections personnelles interviennent ». Il a ajouté ce qui suit : [TRADUCTION] « Il n'arrive pas souvent dans notre domaine que des concurrents témoignent au sujet de la qualité du travail effectué par les sociétés de sondage. Cependant, l'attaque à l'endroit de M. Graves m'apparaît si mal fondée et si peu pertinente quant aux questions de fond qui se posent ici que je

“with the utmost care, integrity and professionalism”, never allowing his personal views to find their way into his work.

[135] Evidence is not normally admissible merely to bolster the credibility or professionalism of an expert witness. In this case, however, I found it admissible in light of the concerted attack on Mr. Graves’ character which I ultimately concluded was unfair.

[136] Among other things, the respondent MPs argue that Mr. Graves represented himself as having a PhD, when he does not, while at the same time referring dismissively to Dr. Corbin, who does have a PhD, as Ms. Corbin in his reply affidavits. I am satisfied that Graves did not misrepresent his credentials and that any errors in that respect were those of the applicants’ counsel in preparing Graves’ evidence for filing. In any event, this complaint was inconsequential and the errors were immaterial.

[137] The respondent MPs allege that Mr. Graves has made negative public comments about the Conservative Party. He is, of course, entitled to do so as a private citizen. Some comments appear to have been taken out of context, such as a remark about extremists in Europe that had nothing to do with the Conservative Party. The record also shows donations by Graves to Liberal Party candidates, which, again, was within his democratic rights. The respondent MPs devoted a great deal of their cross-examination of Mr. Graves on his affidavit evidence to exploring these matters. In my view, they did not speak directly to the question of his impartiality as a witness.

me vois forcé de présenter un point de vue très différent au sujet de son intégrité professionnelle ». Quant à M<sup>me</sup> Barrados, elle a souligné qu’à son avis, M. Graves avait toujours agi [TRADUCTION] « de la manière la plus prudente, la plus intègre et la plus professionnelle qui soit » et qu’il n’avait jamais permis que ses idées personnelles aient la moindre influence sur ses activités professionnelles.

[135] En règle générale, un témoignage n’est pas admissible tout simplement parce qu’il étaye la crédibilité ou le professionnalisme d’un témoin expert. En l’espèce, toutefois, j’ai jugé que le témoignage était admissible compte tenu de l’attaque en règle contre la réputation de M. Graves, laquelle attaque était, selon moi, injuste.

[136] Les députés défendeurs reprochent à M. Graves, notamment, d’avoir affirmé qu’il était titulaire d’un doctorat en philosophie, ce qui n’est pas le cas, tandis que, dans ses affidavits en réponse, il a cavalièrement désigné la « D<sup>e</sup> » Corbin\*, qui détient un Ph.D., comme M<sup>me</sup> Corbin. Je suis d’avis que M. Graves n’a pas donné une fausse description de ses titres de compétences et que les erreurs relevées à cet égard sont celles que l’avocat des demandeurs a commises lors de la préparation de l’affidavit et des documents que M. Graves devait déposer. En tout état de cause, cette plainte était sans grande importance et les erreurs étaient mineures.

\*Note de l’arrêtière : « D<sup>e</sup> » est le terme approprié en anglais pour désigner une personne qui détient un Ph.D.

[137] Les députés défendeurs reprochent également à M. Graves d’avoir formulé des commentaires négatifs sur la place publique au sujet du Parti conservateur. Bien entendu, il a le droit de le faire à titre de citoyen privé. Certains commentaires semblent avoir été cités hors contexte, comme une remarque au sujet d’extrémistes en Europe qui n’avait rien à voir avec le Parti conservateur. Il appert également de la preuve que M. Graves a fait des dons à des candidats du Parti libéral, ce qu’il avait le droit de faire. Les députés défendeurs ont consacré une bonne partie du contre-interrogatoire de M. Graves à l’exploration de ces aspects. À mon avis, ils n’ont pas abordé directement la question de l’impartialité de M. Graves comme témoin.

[138] When given an opportunity at the hearing to cross-examine on the substance of Graves' sur-rebuttal affidavit, the MPs' counsel persisted in focusing on the details of the modest contributions he had given to Liberal Party candidates. They did not dwell on the contribution he had given to a Conservative candidate. In any event, this added nothing of value to the record that was already before the Court. I note that Graves is not alleged to have had any relationship with the Liberal candidates in the subject ridings and he does not carry out polling for political campaigns.

[139] The respondent MPs also alleged that Graves has a strong financial interest in the outcome of these proceedings, in that government funding for polling by his firm was cut by more than 80 percent when the Conservative Party formed the government. That appears, at first impression, to be significant but this work, he stated, was never a major part of his business and that assertion was not rebutted.

[140] The Supreme Court has stressed the role of trial judges in excluding unsuitable expert witnesses: *Mohan*, above; *R. v. J.-L.J.*, 2000 SCC 51, [2000] 2 S.C.R. 600, at paragraphs 28 and 47; *Dulong v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2006 CanLII 9146, 80 O.R. (3d) 378 (Sup. Ct.), at paragraph 9; the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rule 52.2, Schedule, "Code of Conduct for Expert Witnesses" and jurisprudence also speak to the importance of impartiality.

[141] The courts have drawn a distinction between the impartiality of the expert's testimony and the question of independence. It is not essential that the expert be independent of the party that calls the witness so long as the opinion given is impartial: *Eli Lilly Canada Inc. v. Hospira Healthcare Corporation*, 2010 FCA 282, at paragraphs 8–9. The cases cited by the respondents all deal with the objectivity of the expert's opinion, not activities outside the retainer such as those they have complained of in this instance: see for example *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.T.C. 192 (Ont. Sup. Ct.),

[138] Lorsqu'ils ont eu l'occasion de contre-interroger sur le fond M. Graves à l'audience à l'égard de son affidavit de contre-réfutation, les avocats des députés ont persisté dans leur examen dans le détail des modestes dons qu'il avait faits à des candidats du Parti libéral. Ils ne se sont pas étendus sur le don qu'il avait remis à un candidat conservateur. Quoiqu'il en soit, cela n'a rien ajouté d'important à la preuve déjà présentée à la Cour. Je relève d'ailleurs qu'on n'a pas allégué que M. Graves avait de quelconques rapports avec les candidats libéraux des circonscriptions en cause, et que celui-ci n'effectue pas de sondages dans le cadre de campagnes électorales.

[139] Les députés défendeurs ont aussi soutenu que l'issue de la présente instance avait pour M. Graves une grande incidence au plan financier, car son entreprise a reçu 80 p. 100 de fonds publics en moins pour des sondages depuis l'entrée au pouvoir du gouvernement conservateur. Cela peut sembler important à première vue, mais ce type de travail n'a jamais constitué une composante majeure des activités de son entreprise, a déclaré M. Graves, et cette affirmation n'a pas été réfutée.

[140] La Cour suprême a souligné dans différents arrêts (*Mohan*, précité; *R. c. J.-L.J.*, 2000 CSC 51, [2000] 2 R.C.S. 600, aux paragraphes 28 et 47; *Dulong v. Merrill Lynch Canada Inc.*, 2006 CanLII 9146, 80 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 378 (C.S.), au paragraphe 9) le rôle joué par le juge du procès dans l'exclusion des individus inaptes à témoigner comme experts. On fait également ressortir l'importance de l'impartialité à la règle 52.2 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, et dans le « Code de déontologie régissant les témoins experts », en annexe, auquel il renvoie, de même que dans la jurisprudence.

[141] Les tribunaux ont établi une distinction entre les questions de l'indépendance d'un expert et de l'impartialité de son témoignage. Il n'est pas essentiel que l'expert soit indépendant de la partie qui l'appelle comme témoin, du moment que l'opinion exprimée est impartiale (*Eli Lilly Canada Inc. c. Hospira Healthcare Corporation*, 2010 CAF 282, aux paragraphes 8 et 9). Dans toutes les décisions citées par les défendeurs, on traite du caractère objectif de l'opinion de l'expert, et non des activités exercées par celui-ci hors de son mandat, comme celles mises en cause par les défendeurs



where the expert explicitly told the Court that “in every matter of litigation, I always take the position of advocate for my client” (at paragraph 6).

[142] In *Es-Sayyid v. Canada (Public Safety and Emergence Preparedness)*, 2012 FCA 59, [2013] 4 F.C.R. 3, at paragraph 43, the Federal Court of Appeal expressed grave concerns about the objectivity of the opinion presented because of the author’s editorial comments which were found therein—“editorial comments ... using language that is gratuitous, intemperate and ideological.” The type of blatant ideological bias that the Court found offensive in that opinion is not found in the present matter. Rather, Graves’ opinion is expressed in cautious terms with recognition of the limitations of the technology employed in the survey.

[143] The respondents assert that Mr. Graves claims to be an expert in 14 different areas, too many for true expertise, and that his comments about the lawfulness of the telephone calls usurp the role of the Court. I agree with the applicants that the number of areas of expertise claimed is not a concern; what matters is expertise or lack of it in the area in question. It is trite law that expert witnesses should not give opinion evidence on matters for which they possess no special skill, knowledge or training, nor on matters that are commonplace, for which no special skill, knowledge or training is required: *Johnson v. Milton (Town)*, 2008 ONCA 440, 91 O.R. (3d) 190, at paragraph 50.

[144] The “ultimate issue” rule no longer applies to exclude opinion evidence: *Cooper v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 1149; *Benoit v. Canada*, 2002 FCT 243, [2002] 2 C.N.L.R. 1, at paragraph 136; *Stetson Oil & Gas Ltd. v. Stifel Nicolaus Canada Inc.*, 2013 ONSC 1300 (CanLII), at paragraph 63. Graves’ remarks about the lawfulness of the calls are irrelevant to his findings. They did not interfere in any way with the Court’s ability to assess his methodology and decide whether his data, analysis and opinions satisfied the applicable legal test.

en l’espèce; voir, par exemple, *Bank of Montreal v. Citak*, [2001] O.T.C. 192 (C.S. Ont.), où l’expert avait déclaré explicitement à la Cour : [TRADUCTION] « Je défends toujours les intérêts de mon client, quel que soit l’objet du litige » (au paragraphe 6).

[142] Dans l’arrêt *Es-Sayyid c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2012 CAF 59, [2013] 4 R.C.F. 3, au paragraphe 43, La Cour d’appel fédérale a exprimé de sérieuses réserves quant à l’objectivité de l’opinion présentée en raison de commentaires qui y étaient formulés : « certains commentaires [...] gratuits, excessifs et idéologiques ». On ne retrouve pas dans la présente affaire le type de parti pris idéologique flagrant dans l’opinion visée, que la Cour d’appel fédérale a jugé répréhensible. M. Graves a plutôt exprimé son opinion en des termes prudents, tout en reconnaissant les limites de la technique utilisée pour procéder au sondage.

[143] Les défendeurs font valoir que M. Graves prétend être un expert dans 14 domaines différents, un nombre trop élevé pour en être véritablement un expert, et qu’il usurpe le rôle de la Cour en formulant ses commentaires sur la légalité des appels téléphoniques. Je suis toutefois d’accord avec les demandeurs pour dire que le nombre de domaines de spécialisation allégués n’est pas une source d’inquiétude; ce qu’il importe de savoir c’est si le témoin est véritablement ou non un expert dans le domaine pertinent. Il est de droit constant qu’un témoin expert ne doit pas présenter un témoignage d’opinion sur des questions à l’égard desquelles il ne dispose d’aucune compétence, connaissance ou formation particulière, ni sur des questions courantes, à l’égard desquelles aucune compétence, connaissance ou formation particulière n’est requise (*Johnson v. Milton (Town)*, 2008 ONCA 440, 91 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 190, au paragraphe 50).

[144] La règle de la « question fondamentale », pouvant entraîner l’exclusion d’une preuve d’opinion, ne s’applique plus (*Cooper c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 1149; *Benoit c. Canada*, 2002 CFPI 243, au paragraphe 136; *Stetson Oil & Gas Ltd. v. Stifel Nicolaus Canada Inc.*, 2013 ONSC 1300 (CanLII), au paragraphe 63). Les remarques faites par M. Graves sur la légalité des appels téléphoniques n’ont d’ailleurs aucune incidence sur ses conclusions. Elles n’ont aucunement empêché la Cour d’évaluer sa méthodologie, ni d’établir si ses données,

[145] Comments Graves had made on his Twitter account could, at first impression, be construed as supporting a finding that he had decided on his conclusion before beginning the study. On a closer examination, I find that they show him discussing whether analysis of the data would show a voter suppression effect, then progressing towards hoping to find such an effect. Some of the tweets, in sequence, say for instance: “That is why I don’t know if it is testable and I am agnostic as to impacts”; “From what I understand so far I think the hypothesis of effects is testable. I am not sure what the results would be”; “I think one could actually design a statistical test that would give some guidance on this. I am agnostic as to answers”; “Damn! maybe it wasn’t the polls that were off after all. Maybe it was the election”. They gave me some concern but I was ultimately satisfied on his evidence as a whole, particularly his acknowledgement of the weaknesses of the methodology that he had validly arrived at his conclusion through a genuine analysis of the data.

[146] In arriving at a conclusion on the admissibility of this evidence, I have not overlooked the fact that Graves demonstrated a lack of common sense and respect for the Court when he testified. When asked to step outside during a discussion which the Court had with counsel, he chose to follow the live report of that discussion by journalists in the courtroom. I have reviewed the transcript of what was said during that discussion and am satisfied that it did not have a material effect on his testimony. As noted above, I was not persuaded that the line of cross-examination being pursued by counsel was relevant. I also recognize that Mr. Graves was given no instruction not to access the reporters’ live transmission from the courtroom nor were the journalists instructed not to report what was said in his absence. Nonetheless,

son analyse et ses opinions répondaient au critère juridique applicable.

[145] Au premier abord, on pourrait considérer que les commentaires faits par M. Graves sur son compte Twitter permettent de conclure qu’il avait décidé de sa conclusion avant même de débiter son étude. Si on y regarde de plus près, ces commentaires permettent de constater, selon moi, que M. Graves se demandait d’abord si l’analyse des données révélerait l’existence d’un effet de suppression des voix, puis en est progressivement arrivé à espérer découvrir un tel effet. M. Graves a ainsi déclaré ce qui suit, dans l’ordre, dans ses gazouillis : [TRADUCTION] « C’est pour cela que je ne sais pas si cela peut être évalué et je suis agnostique quant aux répercussions »; [TRADUCTION] « D’après ce que j’en comprends jusqu’à maintenant, je crois que l’hypothèse des effets est vérifiable. Je ne sais pas quels résultats seront alors obtenus »; [TRADUCTION] « Je crois qu’on pourrait concevoir un test statistique qui pourrait nous orienter dans tout cela. Je suis agnostique quant aux réponses »; [TRADUCTION] « Zut! peut-être que les sondages n’étaient pas erronés après tout. Peut-être était-ce l’élection qui était erronée ». Ces commentaires m’ont quelque peu inquiété, mais j’ai finalement été convaincu, compte tenu de l’ensemble du témoignage de M. Graves, particulièrement de la reconnaissance des faiblesses de sa méthodologie, que celui-ci en était arrivé valablement à sa conclusion par une analyse authentique des données recueillies.

[146] Pour en arriver à une conclusion sur l’admissibilité de cet élément de preuve, je n’ai pas fait abstraction du fait que, lorsqu’il a témoigné, M. Graves a fait preuve de manque de jugement ainsi que de respect envers la Cour. Lorsqu’on lui a demandé de sortir pendant que la Cour et les avocats devaient discuter entre eux, il a choisi de suivre le reportage fait en direct sur ces discussions par des journalistes présents en salle d’audience. J’ai toutefois passé en revue la transcription de celles-ci et je suis d’avis que cela n’a pas eu une incidence importante sur le témoignage de M. Graves. Je l’ai dit, je ne suis pas convaincu de la pertinence de la piste suivie par les avocats lors du contre-interrogatoire. Je reconnais également qu’on n’avait pas enjoint à M. Graves de ne pas suivre le reportage en direct, ni aux journalistes de

this showed poor judgment on Mr. Graves' part for which he subsequently apologized to the Court.

[147] Having reviewed the arguments and the lengthy cross-examination of Mr. Graves in the record I was not persuaded that the respondent MPs had made out a case that he was not qualified to carry out the survey he was retained to conduct or that his opinion reflected partiality. The respondents have not attacked Mr. Graves's professional opinions but his personal views and motivation in accepting the retainer. I was satisfied that he had objectively presented the challenges and limitations of the survey methodology in his report. I find that his opinion evidence meets the standard for admissibility set out in *Mohan*, above. For that reason, I dismiss the motion to disqualify Mr. Graves and strike his evidence. I will have more to say about the weight I have given his evidence below.

#### B. *Admissibility and weight of the evidence*

[148] As the applicants acknowledge at the outset of their argument, these applications raise difficult questions concerning how they might establish, and how the Court is to determine, the effect of the activities carried out by those who are responsible for making the misleading telephone calls. The applicants were constrained by a number of factors including time, resources and the secrecy of the ballot.

##### (1) Evidence of the applicants

[149] The affidavit evidence of each of the applicants themselves is similar. In most cases, the applicants or their spouses received a telephone call prior to the election from someone purporting to be calling from the Conservative Party of Canada. They were asked whether the Conservative Party could rely on their support in the election. The applicants or their spouses told the callers that they would not be voting for the Conservative Party.

ne pas rapporter ce qui était dit en son absence. Cela dénotait malgré tout un manque de discernement de la part de M. Graves, qui s'en est toutefois excusé par la suite auprès de la Cour.

[147] Après examen des arguments présentés et du long contre-interrogatoire de M. Graves au dossier, j'estime que les députés défendeurs n'ont pas démontré que ce dernier n'avait pas les compétences requises pour effectuer le sondage pour lequel on l'avait embauché, ou qu'il a formulé une opinion biaisée. Les défendeurs n'ont pas mis en question l'avis professionnel de M. Graves, mais plutôt ses opinions personnelles et les motifs pour lesquels il avait accepté son mandat. J'estime que M. Graves a fait état de manière objective dans son rapport des limites et défis associés à la méthodologie du sondage. Je conclus que le témoignage d'opinion de M. Graves répond au critère d'admissibilité énoncé dans l'arrêt *Mohan*, précité. Pour ce motif, je rejette la requête visant la récusation comme témoin de M. Graves et la radiation de son témoignage. J'en dirai davantage, plus loin, sur le poids que j'ai accordé à son témoignage.

#### B. *Admissibilité et poids de la preuve*

[148] Comme les demandeurs l'ont reconnu d'entrée de jeu dans leur argumentation, il est difficile de savoir comment, dans le cadre des présentes demandes, ils pourraient démontrer, et la Cour pourrait établir, l'effet qu'ont eu les activités des personnes responsables des appels trompeurs. Les demandeurs étaient soumis à diverses contraintes, liées notamment au temps écoulé, aux ressources disponibles ainsi qu'au secret du vote.

##### 1) Preuve des demandeurs

[149] Le témoignage par affidavit de chacun des demandeurs eux-mêmes est de teneur semblable. Dans la plupart des cas, les demandeurs ou leurs conjoints ont reçu avant les élections l'appel d'une personne prétendant agir pour le compte du Parti conservateur du Canada. On leur a demandé si ce parti pouvait compter sur leur vote, et ils ont répondu non. Le jour du scrutin ou peu avant, tous les demandeurs, sauf un, ont reçu un

Just before or on the election day, all but one of the applicants received a second telephone call, either live or recorded, purporting to be from Elections Canada, in which they were advised that their polling station had changed.

[150] The calls identified an incorrect polling station location. Some of the calls were made after the applicants had already voted. In the other cases, the applicants checked the information or knew that it was incorrect. Similar evidence is provided by several other individual electors who have sworn affidavits in these proceedings.

[151] Collectively, the applicants' uncontradicted evidence is that they regarded the misdirecting calls as erroneous and only learned from the media coverage in February and March of 2012 that the calls were likely part of an orchestrated campaign to suppress their votes. In no case did the calls "affect the result" for the current applicants in the sense that they were prevented from actually voting. Ms. Bielli, the applicant in the seventh and withdrawn application, had deposed that this was the effect of the call she received.

## (2) The ITO evidence

[152] As noted above, public disclosure of Mathews' information to obtain production orders in relation to the investigation into the electoral offences in Guelph is largely responsible for having alerted the applicants to the significance of the calls that they received. Subsequently, another nine ITOs were disclosed as the Commissioner of Canada Elections continued his investigation into the allegations of violations of the Act across the country.

[153] Efforts by the applicants to obtain evidence from the Commissioner and his staff with regard to their inquiries were met with a certificate under subsection 37(1) of the *Canada Evidence Act* [R.S.C., 1985,

deuxième appel, en direct ou préenregistré, censé provenir d'Élections Canada et faisant état du changement d'emplacement de leur bureau de vote.

[150] On mentionnait un lieu de scrutin erroné dans les appels. Certains d'entre eux ont été faits alors que le demandeur concerné avait déjà voté. D'autres demandeurs appelés ont vérifié l'information reçue ou savaient tout simplement qu'elle était fautive. Des témoignages dans le même sens ont été fournis par plusieurs autres électeurs dont on a produit l'affidavit dans la présente instance.

[151] Selon leur témoignage non contredit, l'ensemble des demandeurs ont considéré que les appels mentionnant un mauvais emplacement étaient erronés et ont seulement appris par les médias, en février ou en mars 2012, que ces appels faisaient vraisemblablement partie d'une campagne orchestrée pour supprimer leurs voix. Pour aucun des demandeurs actuels les appels n'ont « modifié le résultat », en ce sens qu'ils les auraient empêchés dans les faits de voter. M<sup>me</sup> Bielli, qui a introduit la septième demande ensuite retirée, avait déclaré dans sa déposition que l'appel reçu l'avait, elle, empêchée de voter.

## 2) Dénonciations produites en preuve

[152] On l'a dit, la divulgation publique de la dénonciation en vue d'obtenir des ordonnances de communication faite par M. Mathews, à des fins d'enquête sur des infractions électorales qu'on aurait commises à Guelph, y a été pour beaucoup dans la connaissance acquise par les demandeurs de l'importance des appels qu'ils avaient reçus. On a appris que neuf autres dénonciations avaient été faites par la suite, alors que le commissaire d'Élections Canada a poursuivi son enquête sur des allégations de violations de la Loi portées partout au pays.

[153] Les demandeurs ont tenté d'obtenir du commissaire et de son personnel des éléments de preuve concernant leurs enquêtes. Il a toutefois été alors attesté que ces renseignements ne devraient pas être divulgués

c. C-5] asserting public interest privilege in the protection of the information on the ground, among others, that non-disclosure was necessary to protect the integrity of the ongoing investigations. The ITOs became public records, with redactions, following issuance and execution of the production orders.

[154] Copies of the production orders and supporting ITOs that are in the public record of the issuing courts were made part of the record in these proceedings as exhibits to affidavits. The respondent MPs agreed to their filing as a matter of expediency but reserved their right to object to the relevance, admissibility and weight of the content if the records were admitted. Additional evidence of the complaints received by Elections Canada and subject to the *Access to Information Act*, R.S.C., 1985, c. A-1, was introduced through the record of the Chief Electoral Officer (the Babin affidavit).

[155] At the hearing the respondent MPs objected to any consideration being given to the content of the ITOs on the ground that much of it was irrelevant, the information was inherently untrustworthy, it constituted double hearsay and was therefore presumptively inadmissible, and the necessity of relying upon it had not been established.

[156] The information is double hearsay because much of the content of the ITOs consists of statements made by complainants and other persons interviewed to the investigators. The ITOs were attached as exhibits to the affidavits of persons with no personal knowledge of the content and neither the complainants nor the investigators were available for cross-examination. As a general principle, affidavits (e.g., here the sworn ITOs) produced as attachments to the affidavits of others are not given the same weight: *594872 Ontario Inc. v. Canada (No. 2)*, [1992] 1 C.T.C. 344 (F.C.T.D.), at page 347; *McLaughlin v. Canada (Attorney General)*, 2012 FC 556, 408 F.T.R. 286, at paragraph 9.

pour des raisons d'intérêt public, en application du paragraphe 37(1) de la *Loi sur la preuve au Canada* [L.R.C. (1985), ch. C-5], au motif notamment que la non-divulgaration était nécessaire pour préserver l'intégrité des enquêtes en cours. Les dénonciations, en partie expurgées, sont devenues du domaine public une fois les ordonnances de communication délivrées et exécutées.

[154] Des copies des ordonnances de communication et des dénonciations à l'appui qui font partie des dossiers publics des cours ayant délivré les ordonnances ont été versées au dossier, comme pièces jointes aux affidavits, dans la présente instance. Les députés défendeurs ont consenti à leur dépôt, pour accélérer le processus, mais ils se sont réservés le droit, si les documents devaient être admis, de mettre en question leur pertinence, leur recevabilité ou le poids à accorder à leur contenu. On a en outre produit en preuve des plaintes reçues par Élections Canada et assujetties à la *Loi sur l'accès à l'information*, L.R.C. (1985), ch. A-1, par le biais des documents du directeur général des élections (l'affidavit de Babin).

[155] À l'audience, les députés défendeurs se sont opposés à ce qu'on prenne le moins en compte le contenu des dénonciations au motif qu'il était essentiellement non pertinent, que les renseignements en cause étaient fondamentalement peu fiables, qu'il s'agissait d'un double ouï-dire, donc présumément irrecevable, et qu'on n'avait pas démontré la nécessité de le faire valoir.

[156] Les renseignements en cause correspondent à un double ouï-dire parce que, pour bonne part, les dénonciations consistent en des déclarations faites aux enquêteurs par des plaignants et d'autres personnes. Les dénonciations étaient jointes à titre de pièces aux affidavits de personnes n'ayant pas une connaissance directe de leur teneur, et ni les plaignants ni les enquêteurs ne pouvaient être contre-interrogés à leur égard. Règle générale, on accorde un poids moindre aux affidavits (comme les dénonciations faites sous serment en l'espèce) produits comme pièces jointes aux affidavits d'autres personnes (*594872 Ontario Inc. c. Canada (n° 2)*, [1992] A.C.F. n° 253 (1<sup>re</sup> inst.) (QL), au paragraphe 14; *McLaughlin c. Canada (Procureur général)*, 2012 CF 556, au paragraphe 9).

[157] The traditional formulation of the hearsay rule is that evidence of a statement made to the recipient by a declarant who is not a witness in the proceedings is inadmissible hearsay when the purpose of the evidence is to establish the truth of the contents of the statement. It is not hearsay, and hence not inadmissible, where the purpose of the evidence is not to establish the truth of the contents of the statement, but only to prove that the statement was made. Thus much of the content of the ITOs and the Babin affidavit would be admissible at common law under the traditional hearsay rule at least for the limited purpose of establishing the fact that complaints were made to Elections Canada that misleading calls had been received on election day.

[158] In *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; and *R. v. Khelawon*, 2006 SCC 57, [2006] 2 S.C.R. 787, the Supreme Court has simplified the law of hearsay. If hearsay evidence does not fall under one of the established exceptions to the rule, it may still be admitted if the indicia of reliability and necessity are established.

[159] In my view, necessity is not an obstacle to admissibility in this case given the limited sources of evidence available to the applicants and the objection raised by the Commissioner of Canada Elections to the examination of his investigators. The evidence would not otherwise be available to the Court. I am also satisfied that the information collected by public officers employed to conduct investigations into electoral fraud and contained in their sworn statements is reliable. I consider that the evidence is, therefore, admissible under the principled exception to the hearsay rule.

[160] The ITOs contain references to information received from telecommunications service providers in response to the production orders. This is information maintained in the ordinary course of the business of these corporations. The information became part of court records when produced and filed in the form of returns in response to the production orders. There was no suggestion in these proceedings that the information set out in the ITOs was inaccurate or unreliable.

[157] Selon la formulation classique de la règle du ouï-dire, la preuve de la déclaration faite à son destinataire par un déclarant qui n'est pas témoin au procès constitue un ouï-dire irrecevable lorsqu'elle vise à établir la véracité de son contenu. Il ne s'agit pas d'un ouï-dire, et il n'y a donc pas irrecevabilité, lorsqu'on vise uniquement à établir que la déclaration a bien été faite, et non la véracité de son contenu. Ainsi, le contenu des dénonciations et de l'affidavit de Babin serait pour bonne part recevable en common law, en appliquant la règle traditionnelle du ouï-dire, dans le but restreint d'établir qu'Élections Canada a reçu des plaintes portant que des appels trompeurs avaient été faits le jour du vote.

[158] Dans les arrêts *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; et *R. c. Khelawon*, 2006 CSC 57, [2006] 2 R.C.S. 787, la Cour suprême a simplifié la règle du ouï-dire. Si la preuve par ouï-dire ne relève pas d'une exception établie à la règle d'exclusion, elle peut tout de même être recevable si l'existence d'indices de fiabilité et de nécessité est démontrée.

[159] À mon avis, le critère de la nécessité ne fait pas obstacle à l'admissibilité en l'espèce, compte tenu du nombre restreint de sources de preuve à la disposition des demandeurs et du refus opposé par le commissaire des élections à l'interrogatoire de ses enquêteurs. La preuve ne pourrait sinon être présentée à la Cour. Je juge également fiables les renseignements recueillis par des fonctionnaires chargés de faire enquête par suite d'allégations de fraude électorale et consignés dans des déclarations assermentées de ces derniers. Je juge donc la preuve admissible, en vertu de l'exception raisonnée à la règle du ouï-dire.

[160] On vise à obtenir dans les dénonciations, par les ordonnances de communication, des renseignements provenant de fournisseurs de services de télécommunications. Il s'agit de renseignements tenus par ces entreprises dans le cours normal des affaires. Ces renseignements ont fait partie intégrale des dossiers de cours une fois produits et déposés pour donner suite aux ordonnances de communication. Nul n'a donné à entendre dans la présente instance que les renseignements figurant dans les dénonciations étaient inexacts ou peu fiables.

[161] The ITOs are also admissible, in my view, under the public documents exception to the hearsay rule. At common law, documents may be admissible on two bases, the principled exception to the hearsay rule (*Khan*, above), and by reason that the document is a public document. The principles of necessity and reliability underlie both: *R. v. C. (W.B.)*, 2000 CanLII 5659, 142 C.C.C. (3d) 490 (Ont. C.A.), at paragraph 30; *R. v. Semigak*, 2007 NLTD 34 (CanLII), 267 Nfld. & P.E.I.R. 75, at paragraph 14. Section 24 of the *Canada Evidence Act* permits the introduction of copies of public documents but is not an exclusive code with respect to their admissibility.

[162] As stated by Laskin J.A. in *R. v. A.P.*, 1996 CanLII 871, 109 C.C.C. (3d) 385 (Ont. C.A.), at pages 389–390 [of 109 C.C.C. (3d)]:

At common law statements made in public documents are admissible as an exception to the rule against hearsay evidence. This exception is “founded upon the belief that public officers will perform their tasks properly, carefully, and honestly.” Sopinka *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1992), p. 231. Public documents are admissible without proof because of their inherent reliability or trustworthiness and because of the inconvenience of requiring public officials to be present in court to prove them. Rand J. commented on the rationale for the public documents exception to the hearsay rule in *Finestone v. The Queen* (1953), 107 C.C.C. 93 (S.C.C.) at 95:

The grounds for this exception to the hearsay rule are the inconvenience of the ordinary modes of proof and the trustworthiness of the entry arising from the duty, and that they apply much more forcefully in the complex governmental functions of today is beyond controversy.

[163] The sworn statements of the public officers conducting investigations on behalf of the Commissioner, filed in court in support of applications for production records, satisfy the criteria for the admissibility of public documents recognized in the jurisprudence. They were made by a public official, in the discharge of a public duty with the intention that it serve as a permanent record, and are available for public inspection: *R. v. Semigak*, 2007 NLTD 34 (CanLII) [cited above], at

[161] Les dénonciations sont également recevables, selon moi, en vertu de l’exception à la règle du oui-dire qui s’applique aux documents publics. En common law, des documents peuvent être admis pour deux motifs, soit en raison de l’exception raisonnée à la règle du oui-dire (*Khan*, précité), ou parce qu’il s’agit de documents publics. Les principes de la nécessité et de la fiabilité sous-tendent ces deux motifs (*R. v. C. (W.B.)*, 2000 CanLII 5659, 142 C.C.C. (3d) 490 (C.A. Ont.), au paragraphe 30; *R. v. Semigak*, 2007 NLTD 34, 267 Nfld. & P.E.I.R. 75, au paragraphe 14). L’article 24 de la *Loi sur la preuve au Canada* autorise la production en preuve de copies de documents publics, mais ne constitue pas la source exclusive de leur admissibilité.

[162] Le juge Laskin, dans l’arrêt *R. v. A.P.*, 1996 CanLII 871, 109 C.C.C. (3d) 385 (C.A. Ont.), a émis les commentaires suivants sur le sujet (aux pages 389 et 390) [de 109 C.C.C. (3d)]:

[TRADUCTION] En common law, les déclarations formulées dans des documents publics sont admissibles par exception à la règle de l’exclusion de la preuve par oui-dire. Ce qui fonde l’exception, c’est que l’on « croit que les fonctionnaires s’acquitteront de leurs fonctions de manière régulière, consciencieuse et honnête » (Sopinka *et al. The Law of Evidence in Canada*, 2<sup>e</sup> éd. (Toronto : Butterworths, 1992), à la page 231. Les documents publics sont admissibles, sans nécessité de preuve, en raison de leur fiabilité inhérente et parce qu’il serait peu commode de requérir la présence en cour de fonctionnaires pour en prouver l’authenticité. Le juge Rand a expliqué comme suit la raison d’être de cette exception à la règle du oui-dire, dans *Finestone v. The Queen* (1953), 107 C.C.C. 93 (C.S.C.), à la page 95 :

Les motifs de cette exception à la règle du oui-dire sont le peu de commodité des modes ordinaires de preuve et la fiabilité de ce qu’on consigne dans l’exercice de ses fonctions. Cela vaut d’autant de nos jours, nul ne le conteste, étant donné le rôle complexe maintenant joué par l’État.

[163] Les déclarations sous serment de fonctionnaires ayant fait enquête au nom du commissaire, déposées en cour au soutien de demandes d’ordonnances de communication, satisfont aux critères d’admissibilité des documents publics reconnus en jurisprudence. Ces déclarations ont été faites par un fonctionnaire, dans l’exercice d’un devoir public et en vue de créer une trace permanente, et le public y a accès (*R. v. Semigak*, 2007 NLTD 34 (CanLII) [précitée], au paragraphe 14). Les

paragraph 14. The attachments to the Babin affidavit, consisting of information maintained by Elections Canada, are admissible under either the public documents exception or the business records exception to the hearsay rule.

[164] The initial ITOs refer predominantly to information received from electors in Guelph and several other Ontario cities. In the ITO to obtain the 7th, 8th and 9th production orders relating to the records of three telecommunications service providers, investigator Mathews describes the trail that he had pursued in the Guelph inquiry from his first interviews with complainant electors following the election in May 2011 through to identifying the source of the calls and the purchase of the automated call services. The automated messages received followed the pattern below which was retained as an audio file by one of the Guelph complainants:

This is an automated message from Elections Canada. Due to a projected increase in poll turnout your voting location has been changed. Your new voting location is at the Old Quebec Street Mall at 55 Wyndham Street North. Once again, your new poll location is at the Old Quebec Street Mall at 55 Wyndham Street North. If you have any questions please call our hotline at 1-800-434-4456. We apologize for any inconvenience that this may cause.

[165] The message was repeated in French. The Old Quebec Street Mall location was a polling station for voters living within walking distance in the immediate area. It was a considerable distance from the complainants' homes, whereas their correct polling station was, generally, within 1 000 metres.

[166] There was an immediate reaction to the misleading telephone calls from electors who had already voted at their local polling stations and from others who had taken the message at face value and made their way to the Old Quebec Street Mall location. The local returning officer's office was inundated with calls from voters who had received the misleading messages.

[167] An estimated 150 and 200 voters were misdirected to the Old Quebec Street Mall. Among this

pièces jointes à l'affidavit de Babin, soit des renseignements tenus par Élections Canada, sont admissibles à titre d'exception relative aux documents publics ou relative aux dossiers d'entreprise à la règle du oui-dire.

[164] Les dénonciations initiales font état principalement de renseignements obtenus d'électeurs de Guelph et de plusieurs autres villes de l'Ontario. Dans la dénonciation en vue de la délivrance des 7<sup>e</sup>, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ordonnances de communication visant les dossiers de trois fournisseurs de services de télécommunications, l'enquêteur Mathews décrit la piste qu'il a suivie dans son enquête liée à Guelph, depuis ses premiers entretiens avec des électeurs ayant porté plainte après l'élection de mai 2011, jusqu'au repérage de la source des appels et de l'acquisition des services d'appels automatisés. Le contenu des messages automatisés reçus correspondait à celui du fichier audio, dont la teneur est reproduite ci-après, conservé par l'un des plaignants de Guelph :

[TRADUCTION] Ceci est un message automatisé d'Élections Canada. En raison de l'accroissement prévu du taux de participation aux élections le lieu où vous devez voter a changé. Votre bureau de vote est désormais situé dans le Old Quebec Street Mall, au 55, rue Wyndham North. Encore une fois, votre bureau de scrutin est désormais situé dans le Old Quebec Street Mall, au 55, rue Wyndham North. Si vous avez des questions, adressez-vous à notre assistance téléphonique au 1-800-434-4456. Nous nous excusons pour tout inconvénient que cela pourrait causer.

[165] On a répété le message en français. Le bureau de scrutin du Old Quebec Street Mall était destiné à des électeurs habitant dans la région immédiate, à distance de marche. Il se trouvait toutefois fort loin de la maison des plaignants, dont le véritable bureau de vote était en fait situé, généralement, à moins de 1 000 mètres.

[166] Les appels trompeurs ont suscité une réaction immédiate chez les électeurs qui avaient déjà voté dans leur bureau de scrutin local, et chez d'autres qui ne les avaient pas mis en doute et s'étaient rendus au Old Quebec Street Mall. Le bureau local du directeur du scrutin a été inondé d'appels d'électeurs qui avaient reçu les messages trompeurs.

[167] On estime que de 150 à 200 électeurs se sont rendus par erreur au Old Quebec Street Mall. Certains



number were elderly or disabled voters and others with children in strollers. Some of the misdirected electors tore up their voter identification cards when they found that they could not vote there. Others, who were determined to vote, had difficulty getting to their correct poll in time.

[168] The complainants interviewed by Mathews had received previous calls from the Conservative campaign inquiring about their voting intentions and had indicated that it would not be the Conservative candidate.

[169] The ITO explains that Mathews' investigation traced the source of the Guelph calls to a pre-paid mobile phone used to engage the services of RackNine Inc to transmit the misleading polling station messages to 6 737 telephone numbers in the Guelph area early on May 2, 2011. Instructions to transmit a similar message purporting to come from the Liberal party candidate, between 2 a.m. and 4:45 a.m. on election day, to the same numbers, were deleted before they could be acted upon.

[170] RackNine is a voice broadcasting vendor providing digital voice over Internet Protocol (VoIP) calling technology. During the election campaign in 2011, RackNine was under contract to the Conservative Party not to provide its services to any other political party. RackNine also did voice broadcasts for the campaign of the CPC [Conservative Party of Canada] candidate in Guelph.

[171] The individual originating the misleading calls used a false name and address in communicating with RackNine and used anonymous proxy servers based in Saskatchewan and the United States to pay for the service through the online payment service PayPal. The pre-paid mobile phone was registered with a false name and address and the subscriber paid for the RackNine service through PayPal using non-reloadable Visa and MasterCard pre-paid cards bought anonymously at drug stores in Guelph. There was no suggestion made before me that RackNine was aware that its automated call services were being used for an improper purpose. Once

d'entre eux étaient âgés ou handicapés, ou encore transportaient des enfants dans des poussettes. Certains électeurs envoyés au mauvais endroit ont déchiré leur carte d'identification de l'électeur quand ils ont appris qu'ils ne pouvaient pas y voter, tandis que d'autres, déterminés à voter, ont eu du mal à se rendre à temps à leur véritable bureau de scrutin.

[168] Les plaignants interrogés par M. Mathews avaient précédemment reçu des appels de représentants de la campagne conservatrice, qui les avaient interrogés sur leurs intentions de vote et à qui ils avaient dit qu'ils ne voteraient pas pour le candidat conservateur.

[169] On explique dans la dénonciation que l'enquête de M. Mathews a permis de découvrir que les appels de Guelph provenaient d'un téléphone portable prépayé utilisé pour retenir les services de RackNine Inc en vue, le 2 mai 2011, de la transmission des messages trompeurs sur les bureaux de vote à 6 737 usagers du téléphone de Guelph. Des instructions données en vue de la transmission d'un message semblable, aux mêmes usagers, de 2 h à 4 h 45 du matin, le jour du vote, et censé provenir du candidat du parti libéral, ont été supprimées avant qu'on ne puisse y donner suite.

[170] RackNine est un fournisseur vocal qui offre une technologie pour appels numériques par voix sur le protocole Internet (VoIP). Pour la campagne électorale de 2011, RackNine a conclu un contrat d'exclusivité avec le Parti conservateur. Elle a aussi fourni des services de diffusion vocale au candidat de ce parti, aux fins de sa campagne, à Guelph.

[171] La personne à l'origine des appels trompeurs a recouru à un faux nom et à une fausse adresse pour communiquer avec RackNine, et à des serveurs mandataires anonymes situés en Saskatchewan et aux États-Unis pour acquitter le coût de ses services par l'entremise du service de paiement en ligne PayPal. Le cellulaire prépayé a aussi été inscrit sous de faux nom et adresse, et l'abonné a payé les services de RackNine, par le biais de PayPal, au moyen de cartes non rechargeables, prépayées par Visa et MasterCard, acquises anonymement dans des pharmacies de Guelph. On ne m'a pas donné à entendre que RackNine était au courant de l'usage abusif

the account was established, instructions, including the messages to be transmitted, were communicated to the RackNine servers via the Internet.

[172] Mr. Mathews ascertained that the Internet Protocol (IP) or computer address used by the originator of the misleading messages was associated with a second IP address in RackNine records used for voice broadcast orders from the Deputy Campaign Manager for the Conservative candidate in Guelph. CPC records indicate that the same IP address was used to access the CPC Constituency Information Management System (CIMS) database by five volunteers supporting the Conservative candidate in Guelph. Access to CIMS was limited to those who had been approved to have access by the CPC and who had been issued unique passwords. According to a witness interviewed by Mr. Mathews, certain participants in the Guelph Conservative campaign were overheard discussing making misleading or improper calls to electors during the campaign and setting up an auto dial arrangement for this purpose that could not be tracked back to the campaign.

[173] The ITO states that CIMS records indicate that a volunteer with the Guelph campaign accessed the database on April 30, 2011 for what appeared to be three “Demon dialler” reports for the area. A “Demon dialler” report is a list of phone numbers which can be configured with the names of supporters and non-supporters. The CIMS record indicated that the volunteer downloaded the reports to the local computer he was using. The list used by a RackNine automated server to make the misleading calls appeared to a CPC official to be a list of identified non-Conservative supporters that was updated in CIMS on April 27, 2011.

[174] In the tenth ITO sworn on November 2012 and made public on January 15, 2013, seeking the production of records from Rogers Communications, investigator John Dickson stated that he has reasonable grounds to believe that offences contrary to paragraph 491(3)(d)

fait de ses services d’appels automatisés. Une fois le compte créé, on communiquait par Internet les instructions requises, y compris les messages à transmettre, aux serveurs de RackNine.

[172] M. Mathews a pu constater que l’adresse de protocole Internet (IP), ou l’adresse de l’ordinateur, utilisée par la personne à l’origine des appels trompeurs était associée à une deuxième adresse IP inscrite dans les dossiers de RackNine et utilisée, par le directeur adjoint de la campagne du candidat conservateur de Guelph, pour commander des services de diffusion vocale. D’après les dossiers du Parti conservateur du Canada (le PCC), cinq bénévoles appuyant le candidat de ce parti dans Guelph ont recouru à la même adresse IP pour accéder à la base de données du système de gestion de l’information pour les circonscriptions (le SGIC) du PCC. Seules avaient accès au SGIC les personnes autorisées par le PCC et à qui on avait attribué un mot de passe individuel. Certains participants à la campagne conservatrice dans Guelph, d’après une personne les ayant entendues et interrogée par M. Mathews, auraient discuté d’éventuels appels trompeurs ou inappropriés à des électeurs pendant la campagne et de la mise en place à cette fin d’un plan d’appels automatiques ne pouvant être retracés.

[173] On déclare dans la dénonciation que, d’après les dossiers du SGIC, un bénévole de la campagne de Guelph a accédé à la base de données le 30 avril 2011, apparemment pour obtenir trois rapports de « compositeurs d’attaque » pour la région. Un tel rapport consiste en une liste de numéros de téléphone qu’on peut configurer en fonction du nom de partisans et de non-partisans. Les dossiers du SGIC révèlent que ce bénévole a téléchargé les rapports vers l’ordinateur local qu’il utilisait. Il a semblé à un responsable du PCC que la liste utilisée par un serveur autorisé de RackNine pour placer les appels trompeurs était une liste de non-partisans du Parti conservateur identifiés mise à jour, aux fins du SGIC, le 27 avril 2011.

[174] Dans la dixième dénonciation faite sous serment en novembre 2012 et rendue publique le 15 janvier 2013, en vue de la communication de dossiers de Rogers Communications, l’enquêteur John Dickson a déclaré qu’il avait des motifs raisonnables de croire que des

of the Act had been committed in Newfoundland and Labrador, New Brunswick, Ontario, Alberta and British Columbia. The ITO refers to the several other ITOs sworn by himself and investigators John Mathews and André Thouin in relation to records maintained by other service providers such as Bell and Shaw and Vidéotron in Quebec and to similar complaints of misdirection and/or annoyance telephone calls during the election period.

[175] Mr. Dickson states that as of October 11, 2012, 1 399 complaints had been received pertaining to 247 electoral districts, alleging specific occurrences of alleged improper telephone calls relating to the 2011 general election. 1 048 of those complaints were received following the release of what has become known as the “robocalls” story in the media on February 23, 2012. Of the total 1 399 complaints, 625 were reports of having been called by either a live or recorded message claiming to emanate from Elections Canada. The remainder could not be sure or did not know where the caller claimed to be from. A total of 837 complaints (the numbers overlap) were reports of harassing telephone calls purportedly from or on behalf of candidates. Mr. Dickson’s November ITO pertained to 45 complainants known to be Rogers subscribers in 28 different Electoral Districts. He sets out the nature of the complaints regarding the calls received in each case and describes the steps taken in investigating them.

[176] The content of the ITOs, for the most part, is not seriously contested by the respondent MPs. There is no suggestion, for example, that Elections Canada contacted electors by telephone to change their polling station. It is uncontroverted that if a change in polling stations were necessary, as happened at one station in one of the six subject ridings, that change would be communicated by reprinting and sending new voter information cards to electors or, for last-minute changes, through media broadcasts and personally by Elections Canada staff posted at the closed polling station. The complaints and the facts unearthed in the course of the investigations were not challenged.

infractions visées à l’alinéa 491(3)d) de la Loi avaient été commises à Terre-Neuve-et-Labrador, au Nouveau-Brunswick, en Ontario, en Alberta et en Colombie-Britannique. M. Dickson fait mention dans la dénonciation des nombreuses autres dénonciations faites sous serment, par les enquêteurs John Mathews et André Thouin et par lui-même, et visant les dossiers tenus par d’autres fournisseurs de services tels que Bell et Shaw, ainsi que Vidéotron au Québec, par suite de plaintes semblables de destinataires d’appels dirigés dans un mauvais lieu ou ennuyés pendant la période électorale.

[175] M. Dickson déclare qu’en date du 11 octobre 2012, on avait reçu 1 399 plaintes concernant 247 circonscriptions et faisant état de cas particuliers d’appels inappropriés censément faits dans le cadre de l’élection générale de 2011. Parmi ces plaintes, 1 048 ont été reçues après la diffusion par les médias le 23 février 2012 de l’histoire dite désormais des « appels automatisés ». Les auteurs de 625 des 1 399 plaintes ont rapporté avoir reçu au téléphone un message en direct ou enregistré qu’on disait émaner d’Élections Canada. Les autres n’étaient pas certains ou n’avaient pas connaissance de l’origine prétendue de l’appel. Au total, 837 plaintes (il y a chevauchement des types de plaintes) concernaient des appels téléphoniques harcelants censés provenir de candidats ou avoir été faits en leur nom. La dénonciation de novembre de M. Dickson concernait 45 plaignants qui étaient des abonnés de Rogers de 28 circonscriptions différentes. M. Dickson précise la nature de chacune des plaintes reçues au sujet d’appels ainsi que les mesures d’enquête prises à leur égard.

[176] Pour l’essentiel, les députés défendeurs ne contestent pas sérieusement la teneur des dénonciations. On ne laisse pas entendre, par exemple, qu’Élections Canada a téléphoné à des électeurs pour les informer d’un changement de lieu du scrutin. Nul ne conteste non plus que, si un tel changement s’était avéré nécessaire, comme cela fut le cas pour un bureau de vote dans l’une des six circonscriptions en cause, on aurait fait part de ce changement en réimprimant et en envoyant aux électeurs de nouvelles cartes d’information de l’électeur ou, advenant un changement de dernière heure, en recourant aux médias pour qu’ils diffusent la nouvelle, et à des membres du personnel d’Élections Canada pour

[177] The ITO evidence confirms that there was a deliberate attempt at voter suppression during the 2011 election. However, the object of the Commissioner's investigations is not to determine whether the election results in any specific riding were affected. While the informants swear that they believe that a person or persons unknown did wilfully prevent or endeavour to prevent an elector from voting, the purpose of the ITOs is to obtain evidence to establish that an offence has been committed, not to determine whether the commission of the offence changed the outcome in any riding. And, in most of the interviews conducted, complainants told the investigators that they had either voted earlier or disregarded the calls and voted at their usual polling stations relying on the information on their voter cards.

[178] There is some evidence in the ITOs that individual electors were discouraged from voting. The clearest example is in Guelph where poll staff reported that voters tore up their identification cards when told that they had been misdirected to the wrong location. A complainant in the Rivière-du-Nord district stated that he had not exercised his right to vote because of a misdirecting phone call. However, while complainants were interviewed in four of the six ridings that are the subject of these proceedings (Winnipeg South Centre, Vancouver Island North, Nipissing–Timiskaming, Yukon), none of them indicated that they had failed to vote as a result of the calls.

### (3) Mr. Penner's evidence

[179] In an effort to explain how political parties organize and use telephone calls to potential electors, the applicants tendered the opinion evidence of Robert Penner, President and Chief Executive Officer of Strategic Communications Inc. Mr. Penner described himself as a political consultant with 20 years

qu'ils donnent l'information requise au bureau de scrutin fermé. On n'a pas contesté la teneur des plaintes, non plus que les faits découverts au cours des enquêtes.

[177] Les dénonciations produites en preuve confirment qu'on a délibérément tenté de supprimer des voix pendant l'élection de 2011. L'objet des enquêtes du commissaire n'est toutefois pas d'établir si les résultats de l'élection ont pu être modifiés dans une circonscription particulière. Alors que les dénonciateurs disent croire sous serment qu'une ou des personnes inconnues ont délibérément empêché ou tenté d'empêcher un électeur de voter, l'objet des dénonciations est de recueillir la preuve requise pour établir qu'une infraction a bien été commise, et non d'établir si la perpétration de l'infraction a changé ou non le résultat de l'élection dans l'une ou l'autre des circonscriptions. La plupart des plaignants interrogés, en outre, ont dit aux enquêteurs que, soit ils avaient déjà voté quand on les a appelés, soit ils avaient fait abstraction des appels et voté au bureau de scrutin habituel, en se fiant sur les renseignements inscrits sur leur carte d'information à l'intention de l'électeur.

[178] Les dénonciations font état de certains cas où, dans les faits, certains électeurs ont été dissuadés de voter. Le meilleur exemple en est donné à Guelph où, selon ce qu'a rapporté le personnel de bureaux de scrutin, des électeurs ont déchiré leur carte d'identité lorsqu'on leur a appris qu'ils avaient été dirigés au mauvais endroit. Un plaignant de la circonscription de Rivière-du-Nord a également déclaré qu'il n'avait pas exercé son droit de vote en raison d'un appel l'ayant mal orienté. Toutefois, bien qu'on ait interrogé des plaignants de quatre des six comtés ici en cause (Winnipeg-Centre-Sud, Île de Vancouver-Nord, Nipissing–Timiskaming et Yukon), aucun d'eux n'a dit ne pas avoir voté en raison d'un appel reçu.

### 3) Témoignage de M. Penner

[179] En vue d'expliquer comment les partis politiques planifiaient le recours aux appels à d'éventuels électeurs, et utilisaient ces appels, les demandeurs ont présenté le témoignage d'opinion de Robert Penner, président et chef de la direction de Strategic Communications Inc. M. Penner s'est décrit comme un conseiller politique

of experience in developing and implementing voter contact programs and other tools for federal, provincial and municipal election campaigns.

[180] The respondent MPs objected to Mr. Penner's evidence as unfounded and inadmissible lay opinion. I am satisfied that in the context of these proceedings, Mr. Penner qualifies as an expert and that his evidence meets the standard for the admission of opinion evidence. The evidence is helpful with respect to matters with which the Court has no experience.

[181] Mr. Penner explained how telephone calls were used to identify supporters and to ensure that they got to the polls. In this regard, his evidence was similar to that of Mr. Andrew Langhorne, Chief Operating Officer of Responsive Marketing Group Inc. (RMG), who gave evidence for the respondent MPs. Both described the process of voter identification (Voter ID) during the campaign and the "Get-Out-The-Vote" (GOTV) calls on election day.

[182] Mr. Penner observed that the use of harassing and misleading phone calls involving misinformation about voter registration requirements or polling locations had become increasingly common in the United States, which had a long history of such tactics. To his knowledge, however, voter suppression and harassment had not been reported to be features of Canadian political campaigns until the 2011 election.

[183] In his opinion, a live or recorded call advising an elector that Elections Canada has made a last-minute change to the elector's polling station location is almost certain to have been intended to suppress the vote of that elector if the call was made to a supporter of another party. Calls that arrive early in the morning or late at night or that are harassing in nature are more likely to be made by a competing party seeking to discourage support for the party falsely presented as having made

ayant acquis 20 ans d'expérience en conception et en mise en œuvre de programmes et d'outils de communication avec les électeurs aux fins de campagnes électorales fédérales, provinciales et municipales.

[180] Les députés défendeurs se sont opposés à l'admission du témoignage de M. Penner, au motif qu'il s'agirait d'une opinion de profane non fondée et irrecevable. J'estime toutefois qu'en l'instance, M. Penner peut être qualifié d'expert et son témoignage satisfait au critère prévu pour l'admission d'un témoignage d'opinion. Ce témoignage est utile quant à des questions à l'égard desquelles la Cour ne dispose d'aucune expérience.

[181] M. Penner a expliqué qu'on recourait aux appels téléphoniques pour repérer les partisans et s'assurer qu'ils aillent voter. Son témoignage ressemblait à ce titre à celui de M. Andrew Langhorne, directeur de l'exploitation chez Responsive Marketing Group Inc. (RMG), qui a déposé pour le compte des députés défendeurs. Tant M. Penner que M. Langhorne ont donné des explications sur les processeurs d'identification des électeurs pendant la campagne, et d'appels visant à « faire sortir le vote » (FSV) le jour même du scrutin.

[182] M. Penner a souligné qu'on recourait de plus en plus fréquemment, aux États-Unis, aux appels harcelants et aux appels fournissant de l'information erronée sur les conditions d'inscription des électeurs ou l'emplacement des bureaux de scrutin, l'utilisation de telles tactiques y remontant à il y a bien longtemps. À sa connaissance, toutefois, jamais avant l'élection de 2011 on n'avait considéré la suppression de voix et le harcèlement être des traits caractéristiques des campagnes politiques canadiennes.

[183] De l'avis de M. Penner, un appel téléphonique en direct ou enregistré informant un électeur qu'Élections Canada avait changé à la dernière minute l'emplacement de son bureau de scrutin visait presque assurément, si le destinataire était partisan d'un autre parti, à supprimer son vote. Les appels reçus tôt le matin ou tard le soir, ou ayant un caractère harcelant, sont le plus susceptibles de provenir, non du parti présenté faussement comme les ayant faits, mais d'un parti

the call. Access to a party's central database is carefully controlled. The calls at issue in these proceedings are most likely to have been organized by a person or persons with: (i) access to the central information system of a political party that included contact information about non-supporters; (ii) the financial resources to contract voice and automated service providers to make such calls; and (iii) the authority to make such decisions.

[184] I found the evidence of Mr. Penner helpful in that it was consistent with the picture that has emerged from the evidence as a whole; that there was an orchestrated effort to suppress votes during the 2011 election campaign by a person or persons with access to the CIMS database.

(4) The evidence of Ms. Desgagné and Mr. Langhorne

[185] Ms. Desgagné was employed by RMG at a call centre in Thunder Bay, Ontario, prior to and during the 2011 election, making Voter ID and GOTV calls on behalf of the CPC. Upon hearing media reports about misleading information concerning polling station locations being conveyed to electors by telephone calls, Ms. Desgagné brought concerns about the involvement of her call centre to the attention of the RCMP and Elections Canada. As a result, she ultimately provided an affidavit in April 2012 which was filed by the applicants in these proceedings. She was cross-examined by the respondent MPs on that and on a supplementary affidavit filed later.

[186] Ms. Desgagné deposed that about 3 days before the election, the RMG scripts changed. This is consistent with the evidence of Mr. Langhorne that the Voter ID calls ended and they began the GOTV calls. The new text mentioned revised polling station locations. According to Ms. Desgagné, the script did not instruct staff to say that they were calling on behalf of the CPC or the local Conservative candidate. Her recollection, in April 2012, was that the accuracy of the information

concurrent qui veut réduire les appuis à son adversaire. Chaque parti contrôle avec soin l'accès à sa base de données centrale. Il est fort probable que la ou les personnes qui ont planifié le recours aux appels ici en cause avaient : i) accès au système d'information centralisé d'un parti politique, comportant notamment les coordonnées de non-partisans; ii) les ressources financières requises pour faire faire ces appels, sous contrat, par des fournisseurs de services automatisés; et iii) le pouvoir de prendre de telles décisions.

[184] J'ai jugé le témoignage de M. Penner utile, en ce sens qu'il s'accordait avec le tableau d'ensemble dégagé par la preuve : une ou des personnes ayant accès à la base de données du SGIC ont consenti des efforts concertés pour supprimer des votes lors de la campagne électorale de 2011.

4) Témoignages de M<sup>me</sup> Desgagné et de M. Langhorne

[185] Pendant et avant l'élection de 2011, RMG a embauché M<sup>me</sup> Desgagné afin qu'à un centre d'appels de Thunder Bay, en Ontario, elle fasse pour le compte du PCC des appels pour l'identification des électeurs et FSV. Lorsqu'elle a entendu parler par les médias de renseignements trompeurs transmis par téléphone à des électeurs au sujet de l'emplacement de bureaux de scrutin, M<sup>me</sup> Desgagné a fait part à la GRC et à Élections Canada de la possible participation de son centre d'appels à cette action. Cela l'a conduite, en fin de compte, à fournir en avril 2012 un affidavit que les demandeurs ont produit dans la présente instance. Les députés défendeurs ont contre-interrogé M<sup>me</sup> Desgagné à l'égard de cet affidavit et d'un affidavit complémentaire déposé plus tard.

[186] M<sup>me</sup> Desgagné a déclaré dans son témoignage qu'environ trois jours avant la tenue de l'élection, le modèle de texte téléphonique de RMG a changé. Cela correspond au témoignage de M. Langhorne selon lequel on a éventuellement mis fin aux appels visant l'identification des électeurs pour commencer à faire des appels FSV. On mentionnait dans le nouveau texte l'emplacement modifié de bureaux de scrutin. Selon M<sup>me</sup> Desgagné, le personnel n'avait pas à dire d'après le

provided regarding polling station locations was questioned by herself and other callers. She says she overheard another caller saying “I am calling from Elections Canada”.

[187] Ms. Desgagné’s evidence was flatly contradicted by Mr. Langhorne of RMG. He denies that his firm was either knowingly or unknowingly involved in conveying false information to electors. Mr. Langhorne acknowledged that during the Voter ID process, information about non-CPC supporters is collected and provided to the CPC. Apart from Mr. Ferance, none of the applicants and supporting affiants received a Voter ID call from RMG in the three days prior to polling day according to the company’s records. Four of the applicants received no calls from RMG in 2011. Two had been called earlier in 2011 but were not reached.

[188] As the calls were completed, the Voter ID data was sent back to the CPC and deleted from RMG’s systems. It was in a different format and could not be used for the GOTV calls. The data used for the GOTV calls was provided by the CPC on or about April 29, 2011.

[189] During the three-day period prior to election day, RMG’s calls were directed only at those voters who had previously self-identified as CPC supporters in order to remind, motivate, and, if necessary, assist them to vote. Langhorne says that it is ineffective to contact someone again who has been identified as a non-supportive and that RMG, for ethical reasons, would have refused to participate in any effort to mislead voters about the locations at which they were to vote. Based on his extensive experience in election campaigns, it would be counter-productive to contact non-supporters at the GOTV stage.

modèle que l’appel était fait au nom du PCC ou du candidat local du parti. M<sup>me</sup> Desgagné a dit se rappeler que, en avril 2012, d’autres appelants et elle-même avaient mis en question l’information fournie sur les lieux de scrutin. M<sup>me</sup> Desgagné, en outre, avait surpris un autre appelant qui disait : [TRADUCTION] « J’appelle au nom d’Élections Canada ».

[187] M. Langhorne, de RMG, a nié catégoriquement l’exactitude du témoignage de M<sup>me</sup> Desgagné. Il a affirmé que son entreprise n’avait jamais participé, sciemment ou non, à la transmission aux électeurs de faux renseignements. M. Langhorne a reconnu que, pendant le processus d’identification des électeurs, on recueillait et communiquait au PCC des renseignements sur les personnes qui n’appuyaient pas ce parti. D’après les dossiers de l’entreprise, personne parmi les demandeurs ou les auteurs d’affidavits à l’appui, à l’exception de M. Ferance, n’a reçu de RMG d’appel d’identification des électeurs dans les trois jours qui ont précédé le scrutin. Quatre des demandeurs n’ont d’ailleurs reçu aucun appel de la part de RMG en 2011. On avait téléphoné à deux demandeurs au début de 2011, mais sans pouvoir rejoindre l’un ou l’autre.

[188] Une fois les appels aux électeurs effectués, on transmettait les données sur leur identification au PCC, puis on les éliminait des systèmes de RMG. On ne pouvait pas recourir à ces données, d’un format différent, pour les appels FSV. Pour ceux-ci, le PCC a fourni les données requises aux environs du 29 avril 2011.

[189] Pendant les trois jours précédant le jour du scrutin, RMG n’a passé des appels FSV qu’aux électeurs s’étant eux-mêmes déclarés partisans du PCC. On rappelait alors à ces électeurs d’aller voter, on les incitait à le faire et, au besoin, on offrait pour cela de les aider. M. Langhorne a dit qu’il ne servait à rien de communiquer à nouveau avec les personnes recensées comme des non-partisans et que RMC, pour des raisons d’intégrité, aurait refusé sa participation à toute tentative menée pour tromper des électeurs quant au lieu du vote. Il n’aurait servi à rien, d’après sa longue expérience des campagnes électorales, de communiquer avec des non-partisans à l’étape FSV.

[190] Mr. Langhorne confirmed that the RMG “GOTV script” used on the three-day period including election day to communicate with previously identified CPC supporters included a statement that Elections Canada had changed some voting locations at the last moment and invited the elector to confirm the address where he or she would be voting. But the RMG callers were instructed to say that they were calling on behalf of the CPC. If the voter’s information about their assigned voting location did not match the address on their screen displayed from the GOTV Data, the callers were instructed to provide the local CPC campaign office phone number for the supporter to call and get clarification.

[191] Mr. Langhorne provided the text of a “GOTV Script” which he states Ms. Desgagné was directed to use on such calls. RMG determined that Ms. Desgagné made only 20 GOTV calls to persons residing in one of the subject ridings. It has no record of any GOTV calls to any of the applicants in these proceedings or to the other persons who have sworn supporting affidavits. Recordings of the 20 GOTV calls made by Ms. Desgagné to persons in the subject ridings contain no reference to calling on behalf of Elections Canada. The accuracy of the polling station information provided was questioned in only two of the calls. Both were to CPC supporters in the Elmwood-Transcona riding and the information in the script was shown to be correct.

[192] Apart from the calls made by Ms. Desgagné, RMG did not produce records of the calls that they made into the subject ridings, as requested by the applicants, on the ground that this would be unduly burdensome. This was not pursued by the applicants. All of the RMG calls were made by live callers, according to Mr. Langhorne. The data for Voter ID calls was provided by the CPC and returned to the CPC following the

[190] M. Langhorne a confirmé le fait que le « modèle de message FSV » utilisé par RMG pendant la période de trois jours comprenant celui du scrutin, pour communiquer avec les personnes précédemment recensées comme des partisans du PCC, comportait une déclaration selon laquelle Élections Canada avait changé à la dernière minute certains lieux de scrutin, tout en conviant l’électeur appelé à confirmer l’adresse où il devait voter. On avait toutefois enjoint aux appelants de RMG de dire qu’ils téléphonaient pour le compte du PCC. Si les renseignements dont disposait l’électeur quant à l’emplacement de son bureau de vote ne correspondaient pas à l’adresse figurant sur l’écran de l’appelant tirée des données FSV, celui-ci devait fournir à ce partisan le numéro de téléphone du bureau local de la campagne du PCC pour qu’il puisse obtenir les précisions requises.

[191] M. Langhorne a remis le texte d’un « modèle de message FSV » que, selon ses dires, on a enjoint à M<sup>me</sup> Desgagné d’utiliser pour les appels FSV. RMG a établi que M<sup>me</sup> Desgagné n’avait passé que 20 appels FSV à des personnes habitant dans les circonscriptions en cause. Rien dans ses dossiers ne révèle l’existence du moindre appel FSV fait à l’un ou l’autre des demandeurs en l’instance, ou à d’autres individus qui ont souscrit des affidavits à l’appui. Il ne se trouve, dans les enregistrements des 20 appels FSV faits par M<sup>me</sup> Desgagné auprès de personnes résidant dans les circonscriptions en cause, aucune mention du fait que les appels auraient été placés au nom d’Élections Canada. L’exactitude des renseignements fournis sur les bureaux de scrutin n’a été mise en question que lors de deux appels. Les deux appelés étaient des partisans du CPC de la circonscription d’Elmwood-Transcona et l’information figurant dans le message communiqué s’est révélée être exacte.

[192] RMG n’a pas produit d’enregistrement des appels passés dans les circonscriptions en cause, mis à part ceux de M<sup>me</sup> Desgagné, comme les demandeurs le lui avaient demandé, au motif que cela serait indûment contraignant. Les demandeurs n’ont pas insisté. Selon M. Langhorne, tous les appels faits par RMG l’ont été par des individus. Le PCC a fourni les données relatives à l’identification des électeurs, et il les a récupérées



election with the additional inputs regarding supporters and non-supporters recorded by the callers.

[193] In her supplementary affidavit, Ms. Desgagné deposed that she believed that the text Mr. Langhorne provided was an amalgam of at least two other scripts she was directed to use, one of which referred to last minute changes of voting locations by Elections Canada. She believed that she was directed to use both types of script at various times during the days leading up to the May 2011 election. According to Langhorne, there would have been no overlap between the Voter ID and GOTV scripts except possibly on April 29, 2011.

[194] At the hearing, counsel for the applicants advised the Court that they were not relying upon Ms. Desgagné's affidavits as evidence of the source of the misleading calls. The respondent MPs vigorously contested the accuracy of her evidence but relied upon it to the limited extent that it was inconsistent with the evidence of the applicants and their supporting affiants regarding the calls that they had received.

[195] Ms. Desgagné's evidence is based solely upon her recollection which, as she acknowledged in an interview conducted on CBC radio on February 28, 2012, was unclear. Mr. Langhorne's evidence is supported by the RMG records and is consistent with the industry practices described by both himself and Mr. Penner.

#### (5) The EKOS survey evidence

[196] As survey evidence consists of an aggregate of statements by the persons surveyed and these persons are not made available for cross-examination, such evidence was long considered to be inadmissible. Survey evidence was also considered inadmissible if the results purported to answer the ultimate question before the

après l'élection, des renseignements additionnels consignés par les appelants y étant joints, concernant les partisans et les non-partisans du parti.

[193] M<sup>me</sup> Desgagné a déclaré croire, dans son affidavit complémentaire, que le texte remis par M. Langhorne constituait un amalgame d'au moins deux autres modèles de messages qu'on lui avait enjoint d'utiliser; on faisait allusion dans un de ces messages à des changements de lieux de scrutin faits à la dernière minute par Elections Canada. Elle croyait aussi se rappeler qu'on lui avait demandé d'utiliser les deux types de messages, à divers moments pendant les jours qui ont précédé le scrutin de mai 2011. D'après M. Langhorne, il n'y aurait pas eu de chevauchement dans l'utilisation des modèles de message pour l'identification des électeurs et de message FSV, si ce n'est peut-être le 29 avril 2011.

[194] À l'audience, les avocats des demandeurs ont informé la Cour qu'ils ne faisaient pas valoir les affidavits de M<sup>me</sup> Desgagné à titre de preuve de l'origine des appels trompeurs. Les députés défendeurs ont contesté avec vigueur l'exactitude du témoignage de M<sup>me</sup> Desgagné, mais ils l'ont invoqué dans la mesure restreinte de son incompatibilité avec le témoignage des demandeurs et des auteurs de leurs affidavits à l'appui quant aux appels qu'ils auraient reçus.

[195] M<sup>me</sup> Desgagné a fondé son témoignage uniquement sur ses souvenirs, et elle a reconnu que ceux-ci étaient quelque peu confus dans une entrevue diffusée à la radio de la SRC le 28 février 2012. Pour sa part, le témoignage de M. Langhorne est étayé par les dossiers de RMG, et il est compatible avec les pratiques dans le secteur décrites tant par M. Penner que par lui-même.

#### 5) Preuve par sondage d'EKOS

[196] La preuve par sondage consistant en une compilation de déclarations faites par des répondants qu'il est impossible de contre-interroger, on l'a longtemps jugée être inadmissible. Elle était aussi jugée inadmissible si on cherchait, par les résultats du sondage, à répondre à la question fondamentale à trancher par la

Court, as that was considered to be the exclusive domain of the trier of fact. At common law, the evidence was admissible solely to provide the foundation for an expert's opinion evidence: *R. v. Times Square Cinema Ltd.*, [1971] 3 O.R. 688 (C.A.), at page 699.

[197] The modern practice is to admit survey evidence, presented through a qualified expert, provided its findings are relevant to the issues and the survey was properly designed and conducted in an impartial manner: *Mattel, Inc. v. 3894207 Canada Inc.*, 2006 SCC 22, [2006] 1 S.C.R. 772 (*Mattel*), at paragraph 43. The weight it is to be given is then determined by the Court.

[198] In Canada, survey evidence has been used to determine the effect of voter registration rules on vulnerable populations: *Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70 (*Henry*), at paragraphs 411–450. Survey evidence has been admitted in a number of other contexts involving other public policy issues: *Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 O.R. (3d) 321; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1; *Chaoulli v. Quebec (Attorney General)*, 2005 SCC 35, [2005] 1 S.C.R. 791; *Symes v. Canada*, [1993] 4 S.C.R. 695. Surveys have also been used in trade-mark confusion cases where it is impractical to call hundreds of witnesses: *Philip Morris Products S.A. v. Marlboro Canada Limited*, 2010 FC 1099, 90 C.P.R. (4th) 1, at paragraph 259.

[199] The respondent MPs contend that the EKOS survey is inadmissible hearsay as it is tendered for the purpose of establishing contested facts, namely the proof that actual voters were prevented from voting. The applicants, they argue, do not merely use it as evidence that there was a program of voter suppression, but as evidence that this program was effective and did suppress voters.

[200] The applicants submit that in dealing with fraud preventing voting, there is no readily available way to

Cour, cela étant considéré être du ressort exclusif du juge des faits. En common law, la preuve par sondage n'était admissible que pour étayer le témoignage d'opinion d'un expert (*R. v. Times Square Cinema Ltd.*, [1971] 3 O.R. 688 (C.A.), à la page 699).

[197] La pratique plus récemment observée consiste à admettre la preuve par sondage présentée par un expert compétent, dans la mesure où ses conclusions sont pertinentes quant aux questions en litige et où le sondage a été bien conçu et effectué avec impartialité (*Mattel, Inc. c. 3894207 Canada Inc.*, 2006 CSC 22, [2006] 1 R.C.S. 772 (*Mattel*), au paragraphe 43). La Cour établit ensuite le poids qu'il convient d'accorder à cette preuve.

[198] Au Canada, on a recouru à la preuve par sondage pour déterminer l'effet sur des populations vulnérables des règles sur l'inscription des électeurs (*Henry v. Canada (Attorney General)*, 2010 BCSC 610, 7 B.C.L.R. (5th) 70 (*Henry*), aux paragraphes 411 à 450). On a aussi admis la preuve par sondage dans divers autres contextes où étaient en jeu des questions de politique publique (*Bedford v. Canada*, 2010 ONSC 4264 (CanLII), 102 R.J.O. (3<sup>e</sup>) 321; *Carter v. Canada (Attorney General)*, 2012 BCSC 886, 287 C.C.C. (3d) 1; *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35, [2005] 1 R.C.S. 791; *Symes c. Canada*, [1993] 4 R.C.S. 695). On a également recouru à des sondages dans des affaires de confusion entre marques de commerce où il est peu pratique de convoquer des centaines de témoins (*Philip Morris Products S.A. v. Marlboro Canada Limited*, 2010 FC 1099, 90 C.P.R. (4th) 1, au paragraphe 259).

[199] Les députés défendeurs soutiennent que le sondage d'EKOS constitue un ouï-dire irrecevable, puisqu'on le produit pour établir des faits contestés, c'est-à-dire faire la preuve que certains électeurs ont véritablement été empêchés de voter. Ils font valoir que les demandeurs recourent au sondage pour prouver, non seulement l'existence d'un plan de suppression des votes, mais aussi l'efficacité de ce plan pour supprimer dans les faits certains votes.

[200] Les demandeurs répondent à cela qu'en ce qui concerne la fraude visant à empêcher des gens de voter,

count the electors who did not vote other than through such a survey. They rely on the statements by the Supreme Court in *Opitz*, at paragraphs 23 and 72 that the assessment under section 524 cannot involve an investigation into voters' actual choices and that the evidence must not compromise the secrecy of the ballot. The only reasonable alternative, they submit, was for a qualified professional to conduct a survey.

[201] In my view, there was no question that the survey evidence was relevant. I concluded that it was admissible in support of Mr. Graves' opinion subject to the principles set out in *Mattel*, above, that it was properly designed and conducted in an impartial manner. I found that the survey was "both reliable (in the sense that if the survey were repeated it would likely produce the same results) and valid (in the sense that the right questions have been put to the right pool of respondents in the right way, in the right circumstances to provide the information sought)": *Mattel*, at paragraph 45. The weight to be given to it remained to be determined.

[202] In reaching a conclusion on admissibility, I had regard to some of the factors discussed by Justice Smith in *Henry*, above, at paragraph 279: the particular circumstances of this case and the opportunities the respondent MPs had to cross-examine Mr. Graves on his qualifications, to review the underlying data and methodology, and to call evidence in rebuttal; the lack of resources of the applicants and other means to establish cause and effect. I note that while the respondent MPs contend that court proceedings should not be turned into a battle of experts, their arguments about the reliability of the survey results all draw on Dr. Corbin's critique. In assessing the weight of the evidence, I took into account the content of the report and the evidence of Mr. Graves, Dr. Corbin and Dr. Nevitte, an expert in survey research and electoral behaviour retained by the applicants to assess the evidence of both Dr. Corbin and Mr. Graves.

il n'existe pas de moyen facile, sinon par sondage, de compter le nombre d'électeurs qui effectivement n'ont pas voté. Ils invoquent à cet égard les déclarations de la Cour suprême dans l'arrêt *Opitz*, aux paragraphes 23 et 72, selon lesquelles l'enquête menée, en procédant à l'évaluation requise aux fins de l'article 524, ne peut porter sur le choix que les électeurs ont réellement fait, et la preuve ne doit pas compromettre le caractère confidentiel du scrutin. La seule solution de rechange raisonnable était ainsi, selon les demandeurs, qu'un professionnel compétent procède à un sondage.

[201] Il n'a fait aucun doute dans mon esprit que la preuve par sondage était pertinente, et j'en suis venu à la conclusion qu'elle était admissible pour étayer l'opinion de M. Graves, sous réserve, conformément aux principes énoncés dans l'arrêt *Mattel*, précité, que le sondage ait été bien conçu et effectué avec impartialité. J'en suis aussi venu à la conclusion que le sondage était « à la fois fiable (dans le sens où, s'il était repris, on obtiendrait vraisemblablement les mêmes résultats) et valide (à savoir qu'on a posé les bonnes questions au bon bassin de répondants, de la bonne façon et dans des circonstances qui permettent d'obtenir les renseignements recherchés) » (*Mattel*, au paragraphe 45). Restait à décider du poids à accorder à cette preuve.

[202] Pour en arriver à la conclusion sur l'admissibilité de la preuve, j'ai considéré certains des facteurs abordés par le juge Smith dans la décision *Henry*, précitée (au paragraphe 279) : les circonstances particulières d'espèce, les occasions qu'ont eues les députés défenseurs de contre-interroger M. Graves à l'égard de ses compétences, de passer en revue les données et la méthodologie sous-jacentes et de présenter une contre-preuve, ainsi que le manque de ressources des demandeurs et d'autres moyens pour eux d'établir la relation de cause à effet. Je relève par ailleurs que, bien que les députés défenseurs disent estimer qu'il ne faudrait pas transformer l'instance en un affrontement d'experts, tous leurs arguments concernant la fiabilité des résultats du sondage s'appuient sur l'analyse critique de M<sup>me</sup> Corbin. Dans l'appréciation du poids à accorder à la preuve, j'ai pris en compte le contenu du rapport et le témoignage de M. Graves, de M<sup>me</sup> Corbin ainsi que M. Nevitte, un expert en sondages d'opinion et en comportement électoral dont les demandeurs ont retenu les services

[203] The EKOS survey gathered responses from a sample of Canadian adults across the six ridings under dispute. The findings were updated after the application regarding the seventh riding was withdrawn, resulting in a sample size of 2 872. One substantive effect of the removal of the Don Valley East survey respondents was to reduce the significance of the measurable impact on electors of receiving harassing phone calls during the election and that factor was removed.

[204] According to Mr. Graves, a sample of this size for the six subject ridings provides a margin of error of  $\pm 1.8$  percentage points, 19 times out of 20. The margin of error increases when the results are subdivided by riding, varying from 4.0 percent to 5.6 percent, 19 times out of 20.

[205] For comparison purposes, the survey also gathered responses from 1 500 adult Canadians across 106 other ridings where there were few or no known complaints of voter suppression activity. The margin of error for the comparison groups is said to be 2.5 percentage points, 19 times out of 20.

[206] The survey consisted of a series of automated questions asking the respondents whether they had received a telephone call asking how they intended to vote and a subsequent call telling them that their polling station had changed, if so whether that second call was said to be from Elections Canada, whether the location of the polling station was correctly identified and whether the call caused them not to vote on May 2, 2011. Additional questions addressed whether the respondent had received harassing telephone calls.

[207] Mr. Graves' interpretation of the survey is that in the subject ridings in total, 16.7 percent of respondents indicated that they had received a call near the end of the election campaign informing them of the location of their polling station. Of those 16.7 percent, 24.6 percent of respondents indicated that they had received a call telling them that the location of the polling station

pour qu'il évalue le témoignage tant de M<sup>me</sup> Corbin que de M. Graves.

[203] Le sondage d'EKOS a été mené auprès d'un échantillon de Canadiens adultes résidant dans les six circonscriptions ici en cause. Cet échantillon, après la mise à jour des résultats du sondage qui a suivi le retrait de la demande visant la septième circonscription, était composé de 2 872 personnes. L'un des effets sur le fond du retrait des répondants de Don Valley-Est a été de réduire en importance l'incidence quantifiable sur les électeurs des appels harcelants reçus pendant la campagne; on a donc éliminé ce facteur.

[204] D'après M. Graves, un échantillon d'une telle taille pour les six circonscriptions en cause donne lieu à une marge d'erreur de plus ou moins 1,8 p. 100, 19 fois sur 20. La marge d'erreur s'accroît si les résultats sont ventilés par circonscription, pour varier alors de 4,0 p. 100 à 5,6 p. 100, 19 fois sur 20.

[205] À des fins de comparaison, on a également recueilli dans le sondage les réponses de 1 500 Canadiens adultes résidant dans 106 autres circonscriptions où seul un petit nombre de plaintes ont été portées, voire aucune, quant à des activités de suppression de votes. La marge d'erreur serait pour les groupes témoins de 2,5 p. 100, 19 fois sur 20.

[206] Le sondage consistait en une série de questions automatisées : les répondants avaient-ils reçu un appel concernant leurs intentions de vote, puis un appel subséquent les informant du changement d'emplacement de leur bureau de scrutin? Dans l'affirmative, le second appel était-il censé provenir d'Élections Canada, le lieu de scrutin mentionné était-il exact et l'appel avait-il empêché le répondant de voter le 2 mai 2011? On demandait ensuite aux répondants s'ils avaient reçu des appels harcelants.

[207] Selon l'interprétation donnée au sondage par M. Graves, 16,7 p. 100 des répondants au total dans les circonscriptions en cause ont dit avoir reçu un appel les informant de l'endroit de leur bureau de scrutin. Parmi ce 16,7 p. 100, 24,6 p. 100 des répondants au total dans les circonscriptions en cause ont dit avoir reçu un appel les informant d'un changement d'emplacement de leur

had changed. This represents 4.1 percent of the survey sample of 2 872 from the subject ridings, or 117 electors. Extrapolated as a proportion of the total number of electors in the six ridings, which was 352 645, 4.1 percent of the eligible electorate represents 14 458 voters.

[208] Acknowledging the limitations of the study, the EKOS survey concludes, among other things, that:

a. The evidence strongly suggests that there was a targeted program of voter suppression in place in the subject ridings. Based on the survey samples, it appears that tens of thousands of voters were targeted.

b. These activities were clearly targeted at non-CPC voters in a manner that is highly improbable to have happened by chance. They included false reports of polling station changes and faux calls claiming to be from Elections Canada. In fact, Elections Canada made no such calls and there were virtually no voting station changes, yet many thousands of voters in the six ridings claim to have received these calls.

c. Exposure to these calls clearly had a dampening effect on propensity for non-CPC supporters to vote. EKOS estimated the effect in the range of 1.0%. Applying a margin of error to those estimates would produce a band of 0.8% to 1.8%. In other words if these actions had not been in place, the CPC advantage would have been reduced by this amount on average in these six ridings.

[209] The report found that residents of the subject ridings were significantly more likely to have received a call informing them of polling station change than those in the comparison ridings. Mr. Graves concluded that in the subject ridings voter suppression activities took place that were targeted at non-CPC voters. He found that the response rates for CPC voters were the same in both comparison and subject ridings.

[210] These findings, the applicants submit, are consistent with the evidence of Mr. Langhorne that RMG, at the direction of the CPC, called hundreds of thousands

bureau de scrutin. Il s'agit de 4,1 p. 100 de l'échantillon de 2 872 répondants dans les circonscriptions en cause, ou de 117 électeurs. En extrapolant, en fonction de 4,1 p. 100 des électeurs admissibles dans ces six circonscriptions — un nombre total de 352 645 électeurs —, on en arrive à un nombre de 14 458 électeurs.

[208] Tout en reconnaissant les limites de la recherche effectuée, on tire notamment les conclusions suivantes dans le sondage d'EKOS :

[TRADUCTION]

a. Les données nous portent fortement à croire qu'un plan ciblé de suppression de votes était en place dans les circonscriptions en cause. D'après les échantillons de sondage, il semble qu'on ait visé des dizaines de milliers d'électeurs.

b. Les partisans de partis autres que le PCC étaient manifestement pris pour cible, d'une manière telle que cela relève très peu probablement du hasard. Parmi les actions survenues, on a rapporté faussement des changements de lieux du scrutin, et de faux appels ont été faits, prétendument pour le compte d'Élections Canada. Élections Canada n'a en réalité passé aucun appel semblable et il n'y a pratiquement pas eu de changements de lieu de vote, et malgré cela des milliers d'électeurs des six circonscriptions ont affirmé avoir reçu de tels appels.

c. La réception de tels appels a manifestement réduit la propension des partisans de partis autres que le PCC à aller voter. EKOS évalue que l'effet produit a été de l'ordre de 1,0 %. En fonction de la marge d'erreur, l'évaluation correspond à une fourchette de 0,8 % à 1,8 %. En l'absence des actions menées, autrement dit, l'avance du PCC aurait été réduite d'autant en moyenne dans les six circonscriptions.

[209] On a conclu dans le rapport que les résidents des circonscriptions en cause étaient beaucoup plus susceptibles que les résidents des circonscriptions témoins d'avoir été informés par téléphone d'un changement de lieu du scrutin. M. Graves a conclu qu'il y avait eu dans les circonscriptions en cause des activités de suppression de votes qui ciblaient les partisans de partis autres que le PCC. Il a aussi conclu que les résultats dans les circonscriptions en cause et témoins étaient les mêmes en pourcentage chez les personnes ayant voté pour le PCC.

[210] Les demandeurs affirment que ces conclusions sont conformes au témoignage de M. Langhorne selon lequel RMC, à la demande du PCC, a téléphoné à des

of electors and read a message stating that: “Elections Canada has changed some voting locations at the last minute”. This included calls to electors in five of the six subject ridings. The information was factually wrong in that there had been only one polling station change in all of the six subject ridings in which RMG made such calls. While GOTV calls were made by the other parties to their supporters, there is no suggestion that they included similar misleading information about polling station locations.

[211] As discussed above, under section 120 of the Act it is the responsibility of returning officers to establish polling stations, with the approval of the Chief Electoral Officer if more than one location is required in a polling division. This responsibility would include any relocation of a polling station and any notification to electors of such a change. It was therefore improper for the CPC and RMG to deliver the message they did, and this should not recur.

[212] However, the fact that the RMG calls were made may account, in part, for the recollection of persons who responded to the EKOS survey nearly a year later that they had received misleading phone calls.

[213] The EKOS survey acknowledged the difficulty of estimating the actual number of electors deterred from voting in consequence of receiving such a call. It states:

Assessing causal impacts is an exceedingly complex problem and this research cannot provide definitive estimates of the size of the causal impacts. It does, however, provide a reasonable basis for estimating these impacts.

[214] The survey asked respondents to report whether they failed to vote as a result of getting such a call. The results indicated that more respondents from the comparison group reported being deterred from voting as a result of receiving a call indicating that the polling station location had been changed. Mr. Graves’ opinion was that this made sense because eligible voters in “swing” ridings have more incentive to vote and are thus

milliers d’électeurs pour leur lire le message suivant : [TRADUCTION] « Élections Canada a changé à la dernière minute le site de certains bureaux de scrutin ». De tels appels ont notamment été faits à des électeurs de cinq des six circonscriptions en cause. Ces renseignements étaient faux, comme en fait il n’y a eu qu’un changement réel de lieu de scrutin dans les six circonscriptions en cause où RMG avait passé de tels appels. Les autres partis ont aussi fait des appels FSV à leurs partisans, mais rien ne laisse croire qu’on a alors transmis des renseignements trompeurs semblables au sujet de l’emplacement de bureaux de scrutin.

[211] En vertu de l’article 120 de la Loi, on l’a dit, il est de la responsabilité de tout directeur de scrutin d’établir un bureau de scrutin, l’agrément du directeur général des élections étant requis si plus d’un bureau est requis pour une même section de vote. Cette responsabilité s’étendrait, le cas échéant, à tout déplacement d’un bureau de scrutin et à la notification de ce déplacement aux électeurs. Il n’était par conséquent pas approprié pour le PCC et RMG de transmettre leur message, et cela ne doit pas se reproduire.

[212] Le fait toutefois que RMG ait passé de tels appels peut expliquer, du moins en partie, que les répondants au sondage d’EKOS se soient rappelés près d’un an plus tard la réception d’appels trompeurs.

[213] On a reconnu dans le sondage d’EKOS qu’il était difficile d’évaluer le nombre véritable d’électeurs que la réception d’un tel appel a dissuadés de voter. Il y est mentionné :

[TRADUCTION] L’évaluation de l’effet causal constitue un problème extrêmement complexe, et la présente recherche ne permet pas d’apprécier précisément l’ampleur de cet effet. Elle permet de disposer, toutefois, d’une base raisonnable d’appréciation.

[214] On demandait aux répondants dans le sondage de dire si la réception d’un appel trompeur les avait empêchés de voter. Selon les résultats obtenus, plus de répondants du groupe témoin ont rapporté ne pas avoir voté en raison d’un appel les informant d’un changement de lieu de scrutin. Cela était logique, de l’avis de M. Graves, parce que les électeurs admissibles résidant dans une circonscription « girouette » sont davantage

less easily dissuaded from voting than voters in party strongholds, which were better represented in the comparison group.

[215] One of the difficulties with the survey evidence, however, is that some of those who reported having been discouraged from going to the polls had previously indicated that they had in fact voted. This inherent conflict in the results was never explained to my satisfaction.

[216] As I read the results of the survey broken down by the subject ridings, with the percentages rounded out to avoid counting fractional people, the findings are as follows:

#### Winnipeg South Centre:

There were no polling station changes in this riding. The margin of victory for the Conservative respondent was 722 votes (out of 40,093 cast for all candidates). The survey contacted 606 people in the riding. Of those, 5.3 percent said that they had been called and told that their polling station had been changed. Of those receiving such calls, 5.7 percent (i.e. 1.0 percent of the 606 or 6 persons) said that they then did not vote. Extrapolating that 1 percent to the total 40,093 votes indicates that the reverse magic number (more votes presumed to oppose the winner than the margin of victory) would not have been reached.

#### Saskatoon–Rosetown–Biggar:

No polling station changes. The margin of victory was 538 votes out of 30 220 cast. The survey contacted 303 people. Of those, 4.0 percent (or 12 people) said that they had been called and told that their station had been changed. Of those, 8.1 percent (2 percent of the 303 or 6 people) said that they did not vote. Extrapolated to the total number of votes cast, 2 percent would exceed the reverse magic number required.

incités à voter et donc moins aisés à dissuader que les électeurs — mieux représentés au sein du groupe témoin — résidant dans le château fort d'un parti.

[215] L'un des problèmes liés à la preuve par sondage, toutefois, est que certains répondants ayant déclaré avoir été dissuadés de voter avaient précédemment dit qu'en fait, ils avaient voté. Jamais on ne m'a expliqué de manière satisfaisante cette contradiction interne dans les résultats.

[216] Les résultats du sondage ventilés par circonscription en cause, les pourcentages étant arrondis pour éviter le calcul de fractions de personnes, permettent selon moi de tirer les conclusions suivantes :

#### Winnipeg-Centre-Sud

Il n'y a pas eu de changement de lieu de scrutin dans cette circonscription. Le défendeur conservateur l'a emporté par une marge de 722 voix (sur un total de 40 093 voix exprimées pour l'ensemble des candidats). On a interrogé 606 personnes résidant dans la circonscription aux fins du sondage. De ce nombre, 5,3 p. 100 ont dit qu'on les avait appelées pour les informer d'un changement de lieu de scrutin. Parmi les personnes ayant reçu un tel appel, 5,7 p. 100 (c.-à-d. 6 personnes, ou 1,0 p. 100 du nombre total de 606) ont dit ne pas avoir voté. Si l'on extrapole en fonction de 1 p. 100 du nombre total de 40 093 voix, le nombre magique inversé (nombre de voix présumées défavorables au vainqueur plus élevé que celui de sa majorité) n'aurait pas été atteint.

#### Saskatoon–Rosetown–Biggar

Pas de changement de lieu de scrutin. La majorité du vainqueur était de 538 voix sur un total de 30 220 voix exprimées. On a interrogé 303 personnes aux fins du sondage. Parmi celles-ci, 4,0 p. 100 (ou 12 personnes) ont dit qu'on les avait appelées pour les informer du changement de lieu de scrutin. De ce nombre, 8,1 p. 100 (6 personnes, ou 2 p. 100 des 303 répondants) ont déclaré ne pas avoir voté. Si l'on extrapole en fonction du nombre total de voix exprimées, 2 p. 100 correspond à davantage de voix que le nombre magique inversé requis.

Elmwood–Transcona:

No polling station changes. A margin of victory of 300 votes of 33 085 total cast. The survey contacted 487 people in the riding. Of those, 4.9 percent, or 24 people, said that they had been contacted about a change in their polling station. Eight people (or 1.6 percent of the 487) said that they then did not vote. Calculated as a percentage of the total (1.6 percent of 33 085), this would indicate that 529 voters did not vote, well in excess of the magic number.

Nipissing–Timiskaming:

No polling station changes. Margin of victory for the Conservative candidate was just 18 votes out of 42 496 cast. The survey contacted 487 people in this riding. Of those, 1.8 percent (or 9 people) said that they had been called with the misleading information. 12.1 percent (i.e., 1.8 percent of the 487, 7 people) of those said they then did not vote. Extrapolated to the total votes cast, this would indicate that 595 voters did not vote, well in excess of the magic number.

Vancouver Island North:

One polling station location was changed in this riding. The margin of victory was 1 827 out of 59,190 votes cast. 523 people were contacted by the survey. Of those, 2.7 percent said that they had been called and told that their polling station had been changed. Of those 14 people, 5.7 percent or 4 people (i.e., 0.8 percent of the 523) said that they then did not vote—this would translate to 473 votes. The magic number would not have been reached in this riding.

Yukon:

No polling station changes. The margin of victory was 132 votes out of 16 124 total cast. The survey contacted 466 people, of whom 36 percent said that they had been

Elmwood–Transcona

Pas de changement de lieu de scrutin. La majorité du vainqueur était de 300 voix sur un total de 33 085. On a interrogé 487 résidents de la circonscription aux fins du sondage. Parmi celles-ci, 4,9 p. 100 (ou 24 personnes) ont dit avoir reçu un appel les informant du changement de lieu de scrutin. De ce nombre, 8 personnes (ou 1,6 p. 100 des 487) ont déclaré ne pas avoir voté. En appliquant ce pourcentage au nombre total de voix (1,6 p. 100 des 33 085 voix), 529 électeurs n'auraient pas voté, soit bien plus que le nombre magique.

Nipissing–Timiskaming

Pas de changement de lieu de scrutin. La majorité du vainqueur conservateur était tout juste de 18 voix sur un total de 42 496 voix exprimées. On a interrogé 487 résidents de la circonscription aux fins du sondage. Parmi ces répondants, 1,8 p. 100 (ou 9 personnes) ont dit avoir reçu un appel trompeur. De ce nombre, 12,1 p. 100 (c.-à-d. 7 personnes, ou 1,8 p. 100 des 487 répondants) ont dit ne pas être allés voter. Si l'on extrapole en fonction du nombre total de voix exprimées, cela voudrait dire que 595 personnes n'ont pas voté, encore une fois bien davantage que le nombre magique requis.

Île de Vancouver-Nord

On a changé un lieu de scrutin dans cette circonscription. La majorité du vainqueur a été de 1 827 voix sur un total de 59 190 voix exprimées. On a interrogé 523 personnes aux fins du sondage. De ce nombre, 2,7 p. 100 ont dit qu'on les avait appelées pour les informer du changement de lieu de scrutin. Parmi ces 14 personnes, 4 ou 5,7 p. 100 (c.-à-d. 0,8 p. 100 des 523 répondants) ont dit ne pas être allées voter. Cela correspondrait à 473 voix sur le nombre total de voix exprimées, de sorte que le nombre magique n'aurait pas été atteint dans cette circonscription.

Yukon

Pas de changement de lieu de scrutin. La majorité du vainqueur a été de 132 voix sur un nombre total de 16 124 voix exprimées. On a interrogé 466 personnes,



called and told that their polling station had changed or 168 people. Of those, 10.7 percent, approximately 8 people or 1.7 percent of the 466, said they then did not vote. As 1.7 percent of 16 124 is 274 voters, the magic number would have been reached.

[217] If the survey evidence is accepted, it demonstrates that 39 voters in total and at least one voter in each of the six ridings reported not casting a vote due to the fraud. Extrapolating the percentage of those who said they did not vote because of the calls from the survey samples to the total number of votes cast in each riding, the reverse magic number is reached in only four of the six ridings, assuming that none of those who did not vote in those four ridings would have voted for the Conservative respondents.

#### (6) Dr. Corbin's evidence

[218] Dr. Corbin holds a doctoral degree in psychology, among other degrees. She is the managing partner of CorbinPartners Inc., a marketing science company which conducts survey research and provides market analysis for business and policy decisions. Previously, she was the chief operating officer of the Angus Reid Group responsible for national election polling operations and was at one time a polling advisor to the Privy Council Office and the Canadian Unity Information Office of the Government of Canada.

[219] Dr. Corbin has been personally involved with numerous survey research studies and has published on the use of survey evidence in court. She has been previously qualified as an expert in the design and interpretation of survey evidence in an electoral context (*Henry*, above, at paragraph 292) and her qualifications were not contested in those proceedings.

et 36 p. 100 d'entre elles (soit 168 personnes) ont dit avoir été appelées et informées du changement de lieu de scrutin. De ce nombre, 10,7 p. 100 (environ 8 personnes, ou 1,7 p. 100 des 466 répondants) ont dit ne pas être allées voter. Comme 1,7 p. 100 du nombre total de 16 124 voix exprimées correspond à 274 voix, le nombre magique requis aurait été atteint.

[217] Sur la foi de la preuve par sondage, 39 électeurs en tout et au moins un électeur dans chacune des six circonscriptions ont rapporté ne pas avoir voté en raison de la fraude. Si l'on extrapole le pourcentage des personnes ayant dit ne pas avoir voté par suite des appels en fonction des échantillons du sondage, puis qu'on applique ce pourcentage au nombre total de voix exprimées dans chaque circonscription, le nombre magique inversé n'est atteint que dans quatre des six circonscriptions, à supposer qu'aucune des personnes n'ayant pas voté dans les quatre circonscriptions n'aurait voté pour le candidat conservateur.

#### 6) Témoignage de M<sup>me</sup> Corbin

[218] M<sup>me</sup> Corbin détient, entre autres diplômes, un doctorat en psychologie. Elle est l'associée directrice de CorbinPartners Inc., une société de science marketing qui procède à des recherches par sondage et à des analyses de marché en vue de la prise de décisions d'affaires et de politique. Elle a été auparavant directrice de l'exploitation, en charge des activités de sondage pour les élections nationales, du groupe Angus Reid, ainsi que conseillère en sondage auprès du Bureau du Conseil privé et du Centre d'information sur l'unité canadienne du gouvernement du Canada.

[219] M<sup>me</sup> Corbin a elle-même pris part à de nombreuses études fondées sur des sondages et publié divers textes sur le recours à la preuve par sondage devant les tribunaux. On a déjà reconnu qu'elle avait les compétences requises en tant qu'experte en conception de sondage et en interprétation d'une preuve par sondage en contexte électoral (*Henry*, précitée, au paragraphe 292), et ses compétences n'ont pas été contestées dans la présente instance.

[220] Dr. Corbin's expertise in market research was not questioned by the applicants. They questioned whether the consumer orientation of her expertise was of value in this context and questioned the limited scope of her retainer. She was not asked to consider the evidence as a whole but rather to focus on the Graves' affidavits and survey evidence. The applicants contend that as a result she was unaware of the effect of the RMG calls on the comparison ridings, for example, and proceeded on the incorrect assumption that the reports by survey respondents of having received misleading calls were the product of false memory. They also contend that she brought a hyper-adversarial approach to her task which diminishes the weight that should be accorded her opinion.

[221] Dr. Corbin conceded that the self-reported non-voting activity disclosed by the EKOS survey, if taken at face value, establishes that some voters were deterred from voting. However, the survey failed to address essential standards of statistical reliability, in her view, and the results could not, therefore, be generalized to any conclusions about the population at large. She asserts that nothing could be concluded from the survey with respect to the incidence of voter suppression phone calls or any cause-effect relationship between such phone calls and any outcomes of the 2011 federal election.

[222] The IVR polling technology may be useful for some specific applications, Dr. Corbin acknowledges. But it is a highly impersonal survey technique with very low response rates and remains controversial within the industry. In the manner used in the EKOS survey, Dr. Corbin states, it permits no verifiable control over who answers the survey. She criticized its use in this instance on a number of grounds including the following:

[220] Les demandeurs n'ont pas mis en question la qualité d'experte en étude de marché de M<sup>me</sup> Corbin. Ils ont toutefois soulevé la question de savoir si, du fait qu'elle était axée sur la recherche en consommation, son expertise était utile dans le présent contexte, et mis en cause la portée restreinte de son mandat. On ne lui a pas demandé d'examiner la preuve dans son ensemble, mais plutôt de se concentrer sur la preuve par sondage et les affidavits de M. Graves. Il en résulterait selon les demandeurs que M<sup>me</sup> Corbin n'était pas au courant, par exemple, de l'effet des appels de RMG dans les circonscriptions témoins, et qu'elle est partie de l'hypothèse — fausse — que le phénomène des faux souvenirs expliquait que des répondants au sondage aient dit avoir reçu des appels trompeurs. Les demandeurs affirment également que M<sup>me</sup> Corbin s'est montrée antagoniste à l'excès dans l'exercice de son rôle, et que cela devrait réduire d'autant le poids à accorder à son opinion.

[221] M<sup>me</sup> Corbin a concédé que les données du sondage d'EKOS faisant état de cas rapportés de non-exercice du droit de vote démontraient, à première vue, que certaines personnes avaient été dissuadées de voter. Elle estime toutefois que le sondage n'a pas respecté certaines normes essentielles en matière de fiabilité statistique, et qu'on ne pouvait donc pas tirer des résultats obtenus des conclusions générales applicables à l'ensemble de la population. M<sup>me</sup> Corbin soutient que le sondage ne permet de rien conclure quant à l'incidence des appels sur la suppression de votes, ou à toute relation quelconque de cause à effet entre les appels et les résultats de l'élection fédérale de 2011.

[222] M<sup>me</sup> Corbin reconnaît que la technologie de sondage faisant appel à la réponse vocale interactive (RVI) peut s'avérer utile pour certaines applications particulières. Il s'agit toutefois d'une technique de sondage très impersonnelle aux taux de réponse fort peu élevés et qui demeure controversée dans le secteur. De la manière dont on l'utilise dans le sondage d'EKOS, déclare M<sup>me</sup> Corbin, la technique ne donne pas ouverture à un contrôle vérifiable des répondants au sondage. M<sup>me</sup> Corbin a critiqué le recours à cette technique pour divers motifs dans le cas présent, notamment les suivants :

- Survey results require validation, normally through a 10 percent call-back to confirm responses; this was not done. There was no live follow-up.
  - The survey was performed 11 months after the election when people's memories had faded. Memories are suggestible and the respondents may have accidentally filled in details from media reporting after the fact.
  - There were numerous sampling errors in the survey; for instance, cell phone users were not surveyed, because according to Mr. Graves' hypothesis, cell phones were not targeted for misleading calls.
  - The youngest age category offered was "under 25", which did not screen out people under 18 who were not eligible to vote. There was over-representation of women and under-representation of Conservatives.
  - A ticket in a \$500 prize draw was offered for completing the survey, so people may have just pushed random buttons to get through and get their chance at the prize.
  - Finally, the survey questions were confusing.
- Les résultats de tout sondage doivent être validés, habituellement au moyen du rappel de 10 p. 100 des répondants pour confirmer leurs réponses. Dans notre cas, il n'y a pas eu de suivi par une personne physique.
  - On a procédé au sondage 11 mois après la tenue de l'élection, alors que les souvenirs des gens s'étaient estompés. La suggestibilité de la mémoire est avérée et il se peut que les répondants aient accidentellement complété leurs souvenirs par des détails tirés, après le fait, de comptes-rendus des médias.
  - Le sondage était entaché de nombreuses erreurs d'échantillonnage; on n'a pas interrogé d'utilisateurs de cellulaires, par exemple, parce qu'en fonction de l'hypothèse de M. Graves, les appels trompeurs n'avaient pas de tels utilisateurs pour cibles.
  - La catégorie prévue des plus jeunes visait les [TRADUCTION] « moins de 25 ans »; on n'a donc pas exclu les moins de 18 ans, qui pourtant n'ont pas le droit de voter. Les femmes étaient sur-représentées et les conservateurs sous-représentés.
  - On offrait une chance de gagner 500 \$ en participant au sondage, et ainsi il se peut que des gens aient simplement donné leurs réponses au hasard pour en finir et avoir la chance de remporter le prix.
  - Finalement, les questions du sondage prêtaient à confusion.

[223] I note that call-backs to verify the information received would run counter to the concern expressed by the Supreme Court that efforts to establish causal effects must not breach ballot secrecy. One of the features of the IVR approach was that the respondents were assured anonymity. While there were multiple call-backs to obtain a response, EKOS did not thereafter attempt to verify the responses received from those reporting non-voting behaviour. Dr. Corbin views this as a weakness but it is a point that would be problematic in any live survey that could not assure anonymity.

[223] Je relève qu'en effectuant des rappels pour vérifier les renseignements reçus on passerait outre le souci exprimé par la Cour suprême que les efforts consentis pour démontrer des relations de cause à effet ne compromettent le caractère confidentiel du scrutin. Le recours à la technique RVI permettait notamment de garantir l'anonymat des répondants. Bien qu'on ait procédé à de nombreux rappels pour obtenir des réponses, on n'a pas tenté de vérifier par la suite les réponses reçues des personnes ayant rapporté ne pas être allées voter. M<sup>me</sup> Corbin voit là une lacune, mais cela poserait problème si on procédait à un sondage en direct ne pouvant pas assurer la protection de l'anonymat.

[224] Dr. Corbin challenges Mr. Graves' assertions that the survey provides a reasonable basis for estimating the impact of the calls. She states that there is no scientifically defensible basis for estimating or inferring causal impacts from the report. Following a detailed analysis of the discussion of the results in the EKOS survey, she found the explanations "subjective, pre-disposed to a hypothesis of voter suppression, and inconsistent with rigorous statistical reasoning for determining cause-and-effect".

[225] Dr. Corbin's analysis of the data led her to conclude that at least two ridings, Saskatoon–Rosetown–Biggar and Nipissing–Timiskaming, could immediately be eliminated from consideration as targets of suspicious phone calls, because there were fewer complaints about such calls than in the comparison ridings. Her analysis of the remaining ridings indicates that overall, there was not enough difference between voters in the comparison group and voters in the subject ridings to demonstrate that suspicious calls had made any difference. She points out that in Winnipeg South Centre and Vancouver Island North, the magic number is not reached even if Mr. Graves' findings are accepted.

[226] Dr. Corbin would eliminate more than half of the survey respondents as lying or mistaken based on a comparison of tables of survey respondents who reported receiving calls which caused them not to vote, and tables of survey respondents who said they had actually voted. Excluding those she concluded had lied from the data and adjusting the data to compensate for underage voters, cellphone owners, ineligible voters and other concerns such as faulty memory, the remaining alleged voter suppression effect is reduced to zero. In the result, Dr. Corbin found no statistical difference between the subject ridings and the comparison group ridings. In her analysis, the EKOS survey is, overall, methodologically unsound and could have a margin of error of between 8 percent and 20 percent.

[224] M<sup>me</sup> Corbin conteste les affirmations de M. Graves selon lesquelles le sondage offre une base raisonnable pour l'évaluation de l'effet des appels. Elle déclare plutôt qu'il ne se dégage du rapport aucune base défendable sur le plan scientifique permettant d'évaluer ou de déduire tout effet de causalité. Après une analyse détaillée des commentaires sur les résultats du sondage d'EKOS, M<sup>me</sup> Corbin a conclu que les explications données étaient [TRADUCTION] « subjectives, favorables a priori à l'hypothèse de la suppression de votes et incompatibles avec le raisonnement statistique rigoureux requis pour établir une relation de cause à effet ».

[225] L'analyse des données a permis à M<sup>me</sup> Corbin de conclure que, d'entrée de jeu, on pouvait considérer qu'au moins deux circonscriptions, soit celles de Saskatoon–Rosetown–Biggar et de Nipissing–Timiskaming, n'étaient pas ciblées par des appels suspects, puisque moins de plaintes au sujet de tels appels y ont été portées que dans les circonscriptions témoins. Quant aux autres circonscriptions, il n'y avait pas dans l'ensemble, selon elle, une différence suffisamment importante entre les électeurs du groupe témoin et les électeurs des circonscriptions en cause pour établir que des appels suspects avaient changé quoi que ce soit aux résultats. Elle souligne à cet égard que, dans Winnipeg-Centre-Sud et Île de Vancouver-Nord, le nombre magique n'est pas atteint même si l'on devait admettre les conclusions de M. Graves.

[226] M<sup>me</sup> Corbin éliminerait plus de la moitié des répondants au sondage, qu'elle juge avoir menti après avoir comparé les tableaux des répondants qui ont déclaré ne pas avoir voté en raison d'appels, avec les tableaux des répondants qui ont rapporté avoir voté. Après exclusion des données des répondants jugés avoir ainsi menti, puis ajustement en fonction de la présence de répondants trop jeunes pour voter ou qui n'ont pas le droit de vote, de l'absence de propriétaires de cellulaires et d'autres facteurs défavorables, comme les pertes de mémoire, le prétendu effet de suppression des votes restant est réduit à zéro. M<sup>me</sup> Corbin a par conséquent conclu qu'il n'existait pas de différence statistique entre les circonscriptions en cause et celles du groupe témoin. Selon l'analyse d'ensemble qu'elle en fait, le sondage d'EKOS est peu valable sur le plan de la

[227] A sur-reply affidavit by Dr. Corbin was tendered on October 29, 2012 in response to the revised report by Graves and EKOS calculated without the data from the seventh riding. In the revised report, some of the numbers had changed but not to the extent that the results were dramatically altered. Changes from the original report were indicated with strike-throughs and side-bars describing the adjustments made.

[228] Dr. Corbin added the following arguments, among others:

- There is now stronger evidence of no material voter suppression in the collection of six subject ridings.
- There is new unequivocal evidence that if non-voters had been targeted by illegitimate phone calls, those most likely to be targeted were people with Conservative Party leanings, rather than non-Conservative Party leanings. That is, if targeted non-voters had actually voted, it appears more likely they would have voted for the Conservative candidate.
- One can go further than concluding that there is no material voter suppression demonstrated for any of the subject ridings. A statistical analysis based on Mr. Graves's own data shows that there is less likelihood that alleged "voter suppression" took place in the subject ridings altogether, compared to anywhere else in Canada.

[229] I found Dr. Corbin's evidence to be overly argumentative. In her critique of Mr. Graves' use of the IVR technology and his opinion evidence, she appeared to enter the arena as an advocate. I agree with the respondent MPs that election annulment proceedings should not be a "battle of the experts" but it seems to me that they encouraged Dr. Corbin to engage in just such a battle.

méthode et pourrait comporter une marge d'erreur variant de 8 p. 100 à 20 p. 100.

[227] Le 29 octobre 2012, M<sup>me</sup> Corbin a produit un affidavit de contre-réponse pour donner suite au rapport révisé de M. Graves et d'EKOS établi en faisant abstraction des données relatives à la septième circonscription. Certains nombres avaient changé dans le rapport révisé, mais pas au point que les résultats soient radicalement différents. Des biffures et des encadrés décrivant les ajustements apportés permettaient de constater les modifications apportées au rapport original.

[228] M<sup>me</sup> Corbin a notamment fait valoir les arguments additionnels suivants :

- La preuve est maintenant encore plus solide, par la prise en compte des seules données des six circonscriptions restantes, quant à l'absence d'une importante suppression de votes.
- L'on dispose désormais d'une preuve sans équivoque montrant que, si des personnes n'ayant pas voté ont bien fait l'objet d'appels illégitimes, les plus susceptibles d'être visées tendaient à être favorables au Parti conservateur. De la sorte, si les non-votants ciblés avaient en fait voté, il semble plus probable qu'ils l'auraient fait pour un candidat de ce parti que pour un autre.
- On peut même aller plus loin que de simplement conclure en l'absence de preuve d'une importante suppression de votes dans les circonscriptions en cause. Par analyse statistique des propres données de M. Graves, il est ainsi moins probable, carrément, qu'une prétendue « suppression de votes » se soit produite dans les circonscriptions en cause que partout ailleurs au Canada.

[229] Selon moi, M<sup>me</sup> Corbin a utilisé un ton très belliqueux dans le cadre de son témoignage. Dans la critique qu'elle a faite de l'emploi de la technologie RVI par M. Graves ainsi que de son témoignage, elle a semblé adopter l'attitude d'un procureur. Je suis d'accord avec les députés défenseurs pour affirmer qu'une instance en annulation d'élection ne doit pas se transformer en un « combat d'experts », mais il me semble que ceux-ci ont encouragé M<sup>me</sup> Corbin à engager un tel combat.

## (7) Dr. Nevitte's evidence

[230] The applicants retained Dr. Neil Nevitte, an expert in survey research and electoral behaviour, to assess the evidence of both Dr. Corbin and Mr. Graves. Dr. Nevitte is a professor of political science at the University of Toronto and a researcher in the areas of public opinion, voting, value change, and the problems associated with transitional elections. He was a co-investigator of the Canadian Election Studies (1993–2009), serves as a senior election advisor with the National Democratic Institute for International Affairs and is a technical advisor to international non-governmental organizations on the prevention and detection of election fraud and conditions for free and fair elections. He was tendered as an expert in survey research and electoral behaviour.

[231] The respondent MPs objected to Dr. Nevitte's evidence on the grounds that it was not independent and objective. They argued that he was retained for the sole purpose of bolstering the EKOS survey, and that the admission of his evidence would split the applicants' case. They questioned his qualifications in expressing an opinion on voter suppression as he acknowledged not being an expert in that field.

[232] Because of the novel use of survey evidence in this case, I considered that it was appropriate for the applicants to seek a second opinion on the validity of the methodology and conclusions in the EKOS survey. I found Dr. Nevitte's evidence to come within the *Mohan* criteria. In the context of the open conflict between Graves and Corbin, I found it to be impartial and helpful.

[233] Dr. Nevitte deposed that he had been involved in large-scale survey research dealing with electoral data and public opinion data for 30 years. He had never seen a survey research project that was completely free of problems. It is not unusual for survey experts to have

## 7) Témoignage de M. Nevitte

[230] Les demandeurs ont retenu les services de M. Neil Nevitte, un expert en sondages et en comportement des électeurs, afin qu'il évalue les témoignages tant de M<sup>me</sup> Corbin que de M. Graves. M. Nevitte est professeur en science politique à l'Université de Toronto et chercheur dans les domaines de l'opinion publique, du vote, des nouvelles valeurs et des problèmes propres aux élections transitoires. Il a été co-enquêteur dans le cadre d'Études sur les élections canadiennes (1993 à 2009), il est conseiller principal en matière d'élections auprès du National Democratic Institute for International Affairs et il est conseiller technique d'organisations non gouvernementales internationales en matière de prévention et de détection de la fraude électorale et des conditions requises pour la tenue d'élections libres et démocratiques. On l'a produit comme témoin expert en sondages et en comportement électorale.

[231] Les députés défendeurs se sont opposés au témoignage de M. Nevitte au motif qu'il n'était pas indépendant et objectif. Ils ont soutenu qu'on avait retenu ses services dans le seul but de donner appui au sondage d'EKOS, et qu'admettre son témoignage aurait pour effet de fractionner la preuve à faire par les demandeurs. Ils ont dit douter que M. Nevitte ait les compétences requises pour exprimer une opinion sur la suppression de votes, lui-même ayant reconnu qu'il n'était pas un expert dans le domaine.

[232] Étant donné le nouvel usage fait dans la présente affaire de la preuve par sondage, j'ai jugé approprié que les demandeurs obtiennent un second avis sur la validité de la méthodologie utilisée et des conclusions tirées dans le sondage d'EKOS. J'ai conclu que le témoignage de M. Nevitte répondait aux critères énoncés dans l'arrêt *Mohan*. Compte tenu des hostilités ouvertes entre M. Graves et M<sup>me</sup> Corbin, j'ai également conclu qu'il était utile et impartial.

[233] M. Nevitte a déclaré dans son témoignage qu'il prenait part depuis 30 ans à des recherches à grande échelle par sondage mettant en cause des données liées aux élections et à l'opinion publique. Jamais il n'a vu de projet de recherche dénué de tout problème. Il n'est pas

honest differences of opinion about the best way to conduct the research. He considered many of the concerns raised by Dr. Corbin to be common to this kind of exchange and not requirements observed by the industry.

[234] He described her general approach, however, as “cross[ing] the boundary that separates honest disagreement from strenuous, and not so credible, disagreement.” In his view:

The Corbin report lists a litany of claims concerning the reliability, validity, and scientific reporting which render the data as invalid, unreliable and so not a foundation from which useful inferences can be drawn. My view is that this is too harsh a judgment. Many of the claims upon which those sources of unreliability and invalidity are based are factually incorrect. Others, as it turns out, have been addressed.

[235] Dr. Nevitte concluded that the EKOS survey “for the most part, makes relatively modest claims that are advanced, usually, with related caveats and proper caution”, and criticized the initial Corbin report on the ground that it had not squarely addressed the central question of whether voters for different parties had different probabilities of receiving deceptive calls.

[236] Dr. Nevitte acknowledged that some of Dr. Corbin’s criticisms raised valid issues, notably: (a) memory lapse over time; (b) the suitability of IVR technology; (c) the randomness of the survey sample; (d) the nature and suitability of the comparison group; (e) the question of causation; and (f) the issue of data disclosure.

[237] Memory unreliability could be a problem but a call related to a general election would be more memorable, in Dr. Nevitte’s view, than most daily events. He notes that it would not be logical that supporters of one political party would have consistently less accurate

inhabituel que des experts en sondages divergent de bonne foi d’opinion sur la meilleure manière de procéder à une recherche. Selon M. Nevitte, bien des réserves exprimées par M<sup>me</sup> Corbin sont courantes dans ce type d’échanges, sans toutefois être requises dans le secteur.

[234] M. Nevitte a cependant décrit l’approche générale adoptée par M<sup>me</sup> Corbin comme [TRADUCTION] « travers[ant] les limites qui séparent les désaccords de bonne foi des désaccords choquants, qui n’engendrent guère la confiance ». Il a exprimé l’avis suivant :

[TRADUCTION] On formule dans le rapport Corbin une longue liste de problèmes concernant la fiabilité, la validité et le caractère scientifique des rapports qui rendraient les données en cause invalides et non fiables et empêcheraient ainsi qu’on se fonde sur elles pour tirer d’utiles conclusions. Le jugement ainsi porté est à mon avis trop dur. Bien des problèmes mentionnés comme sources de non-fiabilité et d’invalidité ne sont pas conformes aux faits. Il se trouve aussi que d’autres problèmes ont été réglés.

[235] M. Nevitte a conclu que, dans le sondage d’EKOS, [TRADUCTION] « on formule la plupart du temps des conclusions relativement modestes, habituellement en les accompagnant de réserves en faisant preuve de la prudence requise ». Il a aussi adressé comme critique qu’on ne traitait pas directement dans le rapport initial de M<sup>me</sup> Corbin de la question fondamentale de savoir si les électeurs des différents partis avaient des probabilités différentes de recevoir des appels trompeurs.

[236] M. Nevitte a reconnu que M<sup>me</sup> Corbin avait soulevé certaines préoccupations légitimes par ses critiques, qui concernaient notamment : a) la perte de souvenirs avec le temps; b) l’à-propos du recours à la technologie RVI; c) le caractère aléatoire de l’échantillon ayant servi au sondage; d) la nature et le caractère adéquat du groupe témoin; e) la question de la relation de cause à effet; et f) la question de la divulgation des données.

[237] Le manque de fiabilité de la mémoire peut constituer un réel problème mais, selon M. Nevitte, un appel lié à une élection générale devrait être plus mémorable que la plupart des événements du quotidien. M. Nevitte souligne qu’il ne serait pas logique que, de

memories than others. IVR interviewing is automated and impersonal but he did not see that as a problem and considered that the methodology used was standard for the industry. The fact that the sample was random was not an issue so long as the normal precautions were taken. While the comparison group consisted of 106 ridings in which few complaints were filed, rather than ridings in which no complaints were filed, this was the best that could be done in the real world, whatever the ideal might have been. The comparison group revealed significant statistical differences, in his view.

[238] With respect to causation, Dr. Nevitte concurred with EKOS' assessment of the extent and targeting of the calls. He noted, however, that "it is difficult to draw firm conclusions about what effect those calls might have had on overall rates of voter turnout". Overall I assessed Dr. Nevitte's evidence as supporting the use of the IVR methodology but not necessarily the results in this instance.

(8) Evidence of the respondent MPs' campaign managers

[239] The respondent MPs adduced the evidence of their local campaign managers. Each of them denies having engaged in voter suppression. This is consistent with the results of the Mathews investigation in Guelph which appears to point to the involvement of volunteers in the local CPC campaign but does not implicate either the CPC candidate in that riding or his campaign manager.

V. Conclusion on the Merits

A. *Has "fraud" under paragraph 524(1)(b) been made out?*

manière constante, les partisans d'un parti politique conservent des souvenirs moins précis que d'autres. La technique d'entrevue par RVI a un caractère automatisé et impersonnel, mais M. Nevitte a considéré qu'y avoir recouru ne constituait pas un problème et que la méthodologie utilisée était courante dans le secteur. Le fait qu'on se soit servi d'un échantillon aléatoire ne posait pas non plus problème, dans la mesure où on avait pris les précautions usuelles. Bien que le groupe de comparaison ait été constitué de 106 circonscriptions où peu de plaintes, plutôt qu'aucune, avaient été déposées, c'était le mieux qui pouvait être fait dans le monde réel — quelle qu'ait pu être la situation idéale. Il s'est dégagé du groupe de comparaison, selon M. Nevitte, d'importantes différences statistiques.

[238] Quant à la question de la relation de causalité, M. Nevitte a souscrit à l'évaluation faite par EKOS de l'ampleur et des cibles des appels. Il a toutefois fait remarquer : [TRADUCTION] « il est difficile de tirer des conclusions définitives quant à l'effet qu'ont pu avoir les appels sur les taux globaux de participation électorale ». Selon mon appréciation, le témoignage de M. Nevitte a sanctionné de manière générale le recours à la méthodologie RVI, mais pas nécessairement les résultats qu'on en a tirés en l'espèce.

8) Témoignage des directeurs de campagne des députés défendeurs

[239] Les députés défendeurs ont produit le témoignage de leurs directeurs de campagne locaux. Chacun d'eux nie avoir pris part à des activités de suppression de votes. Cela est conforme aux résultats de l'enquête menée à Guelph par M. Mathews, qui semble indiquer la participation de bénévoles de la campagne locale du PCC, mais pas celle du candidat du parti dans la circonscription, non plus que de son directeur de campagne.

V. Conclusion sur le fond

A. *A-t-on démontré la « fraude » aux fins de l'alinéa 524(1)b)?*



[240] As noted above, the respondent MPs contend that the meaning of fraud within paragraph 524(1)(b) must be derived from the *Criminal Code* offence or the elements of the offence set out in paragraph 482(b), which would require proof of both a factual and a mental element. These elements would be, they submit, (1) the utterance of a pretence or contrivance, and (2) the intent to cause an elector to refrain from voting. They argue that the applicants have failed to make out the elements of either offence or those of any other electoral offence by failing to identify a perpetrator with a guilty mind or establish that they were actually prevented from voting.

[241] The applicants submit that they have presented evidence demonstrating a *prima facie* case of fraud. Telephone calls were received; these did not come from any authorized body such as Elections Canada; they directed electors to the wrong polling stations; thousands of complaints have been received by Elections Canada from across Canada, reflecting a country-wide pattern of conduct. The conduct was aimed at “swing ridings” such as the six that are the subject of these proceedings, as the margin of victory in those was likely to be narrow.

[242] As I discussed above, the meaning of “fraud” in paragraph 524(1)(b) is not limited to the definition of any of the offences in Part 19 of the Act. It is not necessary, in my view, for an applicant to satisfy the elements of the criminal offences in order to establish that “fraud” within the meaning of the enactment has been made out. It is sufficient to show false representations depriving, or creating a risk of depriving, a voter of the right to vote.

[243] I have considered whether the complainants outside Guelph conflated the calls by RMG and media reporting and came to a mistaken conclusion that they had received deliberately misleading calls, but this is inconsistent with the RMG evidence, which clearly shows that the company did not make calls to non-supporters, who were identified as such in the CIMS

[240] On l’a dit, les députés défendeurs soutiennent que le sens à donner à la notion de fraude à l’alinéa 524(1)b) doit être dégagé de l’infraction visée au *Code criminel* ou des éléments de l’infraction énoncées à l’alinéa 482b), ce qui requerrait la preuve tant de l’élément matériel que de l’élément mental. Ces éléments seraient, affirment les députés défendeurs, 1) l’énonciation d’un prétexte ou une ruse, et 2) l’intention de faire en sorte qu’un électeur s’abstienne de voter. Les députés défendeurs soutiennent que les demandeurs n’ont pas démontré l’existence des composantes de l’une ou l’autre infraction, non plus que de toute autre infraction en matière électorale, comme ils n’ont identifié aucun auteur d’infraction à l’esprit coupable, et n’ont établi que dans les faits on les avait empêché de voter.

[241] Les demandeurs soutiennent pour leur part avoir présenté une preuve démontrant l’existence *prima facie* d’une fraude. Des appels téléphoniques ont été reçus; ils ne provenaient pas d’un organisme autorisé tel qu’Élections Canada; les appels visaient à diriger des électeurs vers de mauvais bureaux de scrutin; Élections Canada a reçu des milliers de plaintes de partout au Canada, ce qui dénotait un modèle de comportement suivi à l’échelle du pays. Le comportement ciblait les « circonscriptions girouettes », telles que les six en cause en l’instance, la majorité du vainqueur devant vraisemblablement y être courte.

[242] Tel que j’en ai traité, le sens de la « fraude » visée à l’alinéa 524(1)b) ne se restreint pas à la définition de l’une ou l’autre des infractions de la partie 19 de la Loi. Il n’est pas nécessaire, à mon avis, qu’un demandeur démontre l’existence des éléments d’une infraction pénale pour qu’il soit établi qu’il y a bien eu « fraude » au sens de notre disposition. Il suffit de démontrer que de fausses assertions ont privé un électeur de son droit de voter, ou créé le risque d’une telle privation.

[243] Je me suis demandé si les personnes ayant porté plainte à l’extérieur de Guelph avaient pu mettre ensemble les appels de RMG et les comptes rendus des médias et conclure erronément qu’elles avaient reçu des appels délibérément trompeurs, mais cela ne cadre pas avec la preuve présentée par RMG, qui montre bien clairement que cette entreprise n’a pas téléphoné à des

database. GOTV calls on election day were only made to identified CPC supporters which did not include the applicants.

[244] I am satisfied that it has been established that misleading calls about the locations of polling stations were made to electors in ridings across the country, including the subject ridings, and that the purpose of those calls was to suppress the votes of electors who had indicated their voting preference in response to earlier voter identification calls.

[245] In reaching this conclusion, I make no finding that the CPC, any CPC candidates, or RMG and RackNine Inc, were directly involved in the campaign to mislead voters. To require the applicants to identify the perpetrators of the misleading calls would impose an impossibly high standard of proof. I am satisfied, however, that the most likely source of the information used to make the misleading calls was the CIMS database maintained and controlled by the CPC, accessed for that purpose by a person or persons currently unknown to this Court. There is no evidence to indicate that the use of the CIMS database in this manner was approved or condoned by the CPC. Rather the evidence points to elaborate efforts to conceal the identity of those accessing the database and arranging for the calls to be made.

[246] I find that the threshold to establish that fraud occurred has been met by the applicants. The questions remaining are whether the fraud affected the results of the election, and if so, whether the Court should exercise its discretion to annul the results in the subject ridings.

B. *Did the fraud affect the results of the election in the six subject ridings?*

[247] The applicants had a difficult obstacle to overcome in these proceedings. They had no direct evidence that the voter suppression efforts had been successful.

personnes désignées comme des non-partisans dans la base de données du SGIC. Des appels pour FSV n'ont été passés le jour du scrutin qu'à des partisans identifiés du PCC, ce qui ne comprenait pas les demandeurs.

[244] J'estime qu'on a établi que des appels trompeurs quant à l'emplacement de bureaux de scrutin ont été faits à des électeurs de circonscriptions partout au pays, y compris les circonscriptions ici en cause, et que l'objet de ces appels était de supprimer le vote d'électeurs qui avaient, lors d'appels antérieurs d'identification, mentionné pour qui ils entendaient voter.

[245] J'en arrive à cette conclusion sans tirer comme conclusion particulière que le PCC, tout candidat du PCC, ou encore RMG ou RackNine Inc, a directement pris part à la campagne visant à tromper des électeurs. Exiger que les demandeurs identifient les auteurs des appels trompeurs, cela donnerait lieu à une norme de preuve invraisemblablement élevée. J'estime toutefois que la source la plus probable des renseignements utilisés pour procéder aux appels trompeurs était la base de données du SGIC tenue et contrôlée par le PCC, et qu'une ou des personnes actuellement inconnues à cette Cour ont accédé à cette base de données à cette fin. Aucune preuve ne montre que le PCC a approuvé ou toléré une telle utilisation de la base de données du SGIC. La preuve permet plutôt de constater qu'on a fait preuve d'ingéniosité pour camoufler l'identité de ceux qui ont accédé à la base de données et fait en sorte que les appels soient passés.

[246] Je conclus que les demandeurs ont satisfait aux critères permettant d'établir la fraude. Les questions restant à trancher sont de savoir si la fraude a influé sur les résultats du scrutin et, dans l'affirmative, si la Cour doit, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, annuler les résultats dans les circonscriptions en cause.

B. *La fraude a-t-elle influé sur les résultats du scrutin dans les six circonscriptions en cause?*

[247] Les demandeurs avaient un difficile obstacle à surmonter dans la présente instance. Ils ne disposaient d'aucune preuve directe de la réussite des efforts de

They themselves had not been prevented from voting by the misleading telephone calls that they received. As they point out, however, to require direct evidence of the effects of voter suppression measures may make it much more difficult to bring such challenges under section 524 of the Act. There is no readily available means to count the number of electors who were not able to vote by virtue of the fraudulent activity unless they all come forward and self-identify, which is highly improbable.

[248] The applicants reasonably turned to a random interactive telephone survey as an alternative means to collect the data. They ask the Court to extrapolate, from the survey samples, an estimate of the total number of persons who did not vote in the six ridings as a result of the misleading calls and to draw the necessary inference as to the effect on the outcome in each riding. It would be easier to draw those inferences if, as the respondent MPs argued, at least some of the supporters of the losing candidates in the six ridings who did not vote because of the misdirecting phone calls would have come forward to make that known at the time of the election or when the story broke in the national media ten months later. That this did not occur has raised questions that have not been answered in this proceeding.

[249] Apart from the survey, there is no evidence that the election results in the six ridings would have turned out differently. This is not a case of disappearing ballots or tampering with voting machines as in some of the American cases in which survey evidence has been accepted. Here, the survey is offered to establish that some voters, a sufficient number in each riding to overcome the margin of victory, would have voted but for the effect of a telephone call directing them to the wrong polling location. None of those voters have come forward to confirm the results. The survey evidence, in this case, does not provide firm ground on which the Court could have confidence in finding that the fraud affected the results in any of the six ridings. I am, therefore, not satisfied that the survey is a reliable evidentiary basis

suppression de votes consentis. Dans leur propre cas, les appels trompeurs reçus ne les avaient pas empêchés de voter. Comme les demandeurs l'ont cependant fait valoir, exiger la preuve directe de l'effet de mesures prises pour supprimer des votes pourrait rendre beaucoup plus difficile toute contestation dans un tel cas en application de l'article 524 de la Loi. Il n'y a aucun moyen facile de compter le nombre d'électeurs que l'activité frauduleuse a empêché de voter, sauf si tous ces électeurs décidaient de se manifester et de s'identifier — une situation hautement improbable.

[248] De manière raisonnable, les demandeurs ont donc recouru au sondage téléphonique interactif comme solution de rechange pour la collecte des données requises. Ils demandent à la Cour, par extrapolation à partir d'échantillons du sondage, de faire une estimation du nombre total de personnes que les appels trompeurs ont empêché de voter dans les six circonscriptions en cause, puis d'en tirer les conclusions qui s'imposent quant à l'effet des appels sur le résultat dans chaque circonscription. Il serait plus facile de tirer de telles conclusions si, comme les députés défendeurs l'ont fait valoir, au moins quelques-uns des partisans des candidats vaincus dans les six circonscriptions en cause, qui n'ont pas voté en raison des appels trompeurs, s'étaient fait connaître lors de la tenue du scrutin ou lorsque les médias nationaux ont divulgué l'affaire dix mois plus tard. Le fait que cela ne se soit pas produit a soulevé des interrogations auxquelles on n'a pas répondu dans la présente instance.

[249] Mis à part le sondage, aucune preuve ne montre que les résultats du scrutin auraient été différents dans les six circonscriptions. Il ne s'agit pas d'un cas de disparition de bulletins ou d'altération de machines à voter, à l'exemple de certaines des affaires américaines où la preuve par sondage a été acceptée. En l'espèce, on présente le sondage pour établir que certains électeurs — un nombre suffisant dans chaque circonscription pour contrer la majorité du vainqueur — seraient allés voter si un appel téléphonique ne les avait pas fait se diriger à un mauvais lieu de scrutin. Aucun pareil électeur ne s'est manifesté et n'a ainsi confirmé les résultats du sondage. En l'espèce, la preuve par sondage ne constitue pas le fondement solide qui permettrait à la Cour de conclure avec confiance que la fraude a influé sur les

upon which to cast doubt on the winner in each contest even where the margin of victory was close.

[250] That conclusion is not intended to preclude the use of such evidence in a future case should it be possible to address the concerns raised in this proceeding about the survey methodology and interpretation of the data.

[251] Absent a clear finding that the election results could have been different but for the voter suppression efforts, the Court must turn to the alternative basis advanced by the applicants for annulling the elections. It must consider whether the corrosive effect of the fraud was sufficiently serious to call the integrity of the election process into question requiring new votes in those six ridings.

C. *Did the fraud call into question the integrity of the elections?*

[252] This case was problematic from the outset, as the applicants acknowledged, because of the challenges they faced in collecting evidence to support what they rightly identified as a widespread attempt at voter suppression. The evidence of fraud was most clearly demonstrated in the Guelph investigation. As the investigations continued, the Commissioner's officers uncovered evidence that the Guelph experience was not unique and that similar attempts were made across the country including in the six subject ridings. The applicants' own experience on election day supports those findings.

[253] Canadians have confidence in the integrity of our electoral procedures. The sanctity of the poll and the ballot box in this country is reflected in the frequent invitations Canada receives to provide independent

résultats du scrutin dans l'une ou l'autre des six circonscriptions. Pour ces motifs, je ne suis pas convaincu que le sondage fournit le fondement probatoire fiable qui permettrait de mettre en doute qui l'a remporté dans les divers scrutins, même lorsque la marge de victoire était faible.

[250] Cette conclusion ne vise pas à empêcher le recours à une pareille preuve si, dans une affaire future, il était possible de régler les problèmes soulevés en l'instance par la méthodologie du sondage et l'interprétation de ses données.

[251] Faute de pouvoir conclure sans équivoque que les résultats du scrutin auraient été différents n'eussent été les efforts consentis pour supprimer des votes, la Cour doit examiner l'autre fondement avancé par les demandeurs pour faire annuler les élections. Elle doit se demander si la fraude commise a miné le processus électoral de manière suffisamment grave pour mettre en doute son intégrité, et nécessiter la tenue de nouvelles élections dans les six circonscriptions visées.

C. *La fraude fait-elle douter de l'intégrité des élections?*

[252] Les demandeurs ont reconnu que la présente affaire posait problème dès le départ, en raison des défis causés par la collecte d'éléments de preuve visant à établir ce qu'ils ont qualifié à juste titre de tentative généralisée de suppression de votes. La preuve de l'existence d'une fraude a le plus clairement été démontrée par l'enquête menée à Guelph. En poursuivant les diverses enquêtes, les fonctionnaires relevant du commissaire ont découvert des éléments de preuve montrant que la situation à Guelph n'était pas unique, et qu'on avait engagé des tentatives semblables de suppression dans l'ensemble du pays, y compris dans les six circonscriptions en cause. Ces conclusions sont étayées par les expériences vécues par les demandeurs le jour du scrutin.

[253] Les Canadiens croient en l'intégrité de leur processus électoral. Le caractère sacré du scrutin dans notre pays est démontré par le recours fréquent à des Canadiens en tant qu'observateurs indépendants chargés

observers to supervise foreign elections. There may have been isolated instances of electoral misbehaviour in the past but, as noted above, incidents of voter suppression of the nature discussed in these reasons have not been known in this country prior to the 41st general election. For that reason, I don't doubt that the confidence rightfully held by Canadians has been shaken by the disclosures of widespread fraudulent activities that have resulted from the Commissioner's investigations and the complaints to Elections Canada.

[254] Had I found that any of the successful electoral candidates or their agents were implicated in any way in the fraudulent activity, I would not have hesitated to exercise my discretion to annul the result even if the reverse magic number had not been shown to have been reached in the riding in question. No such evidence was led.

[255] The scale of the fraud has to be kept in perspective. According to the Report of the Chief Electoral Officer of Canada on the 41st general election of May 2, 2011, found on the website of Elections Canada, a total of 66 146 polls at which 14 823 408 electors cast their ballots were set up and operated across Canada on polling day. The number and location of the complaints received by Elections Canada from across Canada indicates that the voter suppression effort was geographically widespread but, apart from Guelph, thinly scattered.

[256] While they appear to have been targeted towards voters who had previously expressed a preference for an opposition party (or anyone other than the government party), the evidence in this proceeding does not support the conclusion that the voter suppression efforts had a major impact on the credibility of the vote.

[257] Elections Canada has responded to the complaints received and they continue to be actively investigated. At the time of writing, the press reported that the Director of Public Prosecutions had authorized the Commissioner to commence a prosecution under Part 19 of the Act. These institutions and the courts have the capacity to address this effort to strike at the integrity of our democratic process.

de superviser des élections à l'étranger. S'il a pu y avoir dans le passé des cas isolés de comportements électoraux répréhensibles, il n'y a jamais eu ici jusqu'à la 41<sup>e</sup> élection générale, tel qu'on l'a mentionné, d'incidents de suppression des votes de la nature de ceux examinés dans les présents motifs. Je ne doute pas pour cette raison que la confiance légitime des Canadiens a été ébranlée par la divulgation, du fait d'enquêtes du commissaire et de plaintes auprès d'Élections Canada, d'activités frauduleuses généralisées.

[254] Si j'avais conclu que l'un ou l'autre des candidats victorieux, ou de leurs agents, avait le moindrement participé à une activité frauduleuse, je n'aurais pas hésité à exercer mon pouvoir discrétionnaire et à annuler les résultats dans la circonscription en cause, même si l'on n'y avait pas démontré l'atteinte du nombre magique inversé. Aucune preuve n'a toutefois été présentée en ce sens.

[255] Il convient de relativiser l'étendue de la fraude. D'après le Rapport du directeur général des élections du Canada sur la 41<sup>e</sup> élection générale du 2 mai 2011, qui figure sur le site Web d'Élections Canada, un nombre total de 66 146 bureaux de vote ont été installés et utilisés dans l'ensemble du Canada le jour du scrutin, et 14 823 408 électeurs y ont exercé leur droit de vote. Le nombre et l'origine des plaintes reçues par Elections Canada de partout au pays démontrent l'étendue géographique des efforts ayant visé la suppression de votes, mais aussi leur caractère vraiment dispersé, sauf à Guelph.

[256] Si ces efforts semblent avoir ciblé les électeurs ayant exprimé plus tôt une préférence pour un parti d'opposition (ou tout autre parti que celui au pouvoir), la preuve en l'instance ne permet pas de conclure qu'ils ont eu une incidence considérable sur la crédibilité du résultat du vote.

[257] Elections Canada a donné suite aux plaintes reçues et continue de faire activement enquête. Au moment d'écrire ces lignes, on rapportait dans la presse que le directeur des poursuites pénales avait autorisé le commissaire à engager des poursuites sous le régime de la partie 19 de la Loi. Ceux-ci ainsi que les cours sont à même de s'attaquer à la tentative qu'on a faite de miner l'intégrité du processus démocratique.

D. *Should the Court exercise its discretion to annul the elections?*

[258] Having considered the matter very carefully and with a full appreciation for the concerns about the integrity of the electoral process that have motivated these applications, I am unable to conclude that I should exercise my discretion to annul the 2011 election results in any of the subject ridings because of the fraud that occurred.

VI. Costs

[259] The right of citizen electors to seek to annul election results that they reasonably believe to be tainted by fraud is, in my view, a matter of high public interest and analogous to Charter litigation. A concern that has frequently been raised is that such litigation should not be beyond the reach of the ordinary citizen. The courts have gone so far as to require that a portion of the costs of such cases be paid by the opposing successful parties: *M. v. H.*, 1996 CanLII 8119, 137 D.L.R. (4th) 569 (Ont. Gen. Div.), at paragraphs 17, 30; *Lavigne*, above, at paragraph 106.

[260] I am mindful of the fact that in this instance the applicants have received guarantees of indemnification by a non-governmental organization which has been raising funds for that purpose. But it is also apparent that the respondent MPs are supported by the resources of the party to which they belong, resources which are underwritten by taxpayers.

[261] These proceedings have had partisan overtones from the outset. That was particularly evident in the submissions of the respondent MPs. In reviewing the procedural history and the evidence and considering the arguments advanced by the parties at the hearing, it has seemed to me that the applicants sought to achieve and hold the high ground of promoting the integrity of the electoral process while the respondent MPs engaged in trench warfare in an effort to prevent this case from coming to a hearing on the merits.

D. *La Cour devrait-elle annuler les élections dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire?*

[258] Après avoir examiné l'affaire avec le plus grand soin, et pleinement conscient des inquiétudes quant à l'intégrité du processus électoral qui ont motivé les présentes demandes, je ne puis conclure en l'opportunité d'exercer mon pouvoir discrétionnaire et d'annuler, pour fraude, les résultats de l'élection de 2011 dans l'une ou l'autre des circonscriptions en cause.

VI. Dépens

[259] Le droit de citoyens électeurs de demander l'annulation de résultats d'élections qu'ils croient raisonnablement être entachées de fraude constitue selon moi une question de grand intérêt public, analogue à un litige fondé sur la Charte. On s'est souvent inquiété du fait qu'un tel litige puisse être hors de portée pour un citoyen ordinaire. Les tribunaux sont ainsi allés jusqu'à exiger qu'une partie des dépens soient acquittés dans de telles affaires par la partie adverse qui a obtenu gain de cause (*M. v. H.*, 1996 CanLII 8119, 137 D.L.R. (4th) 569 (Div. gén. Ont.), aux paragraphes 17 et 30; *Lavigne*, précitée, au paragraphe 106).

[260] Je suis conscient du fait qu'en l'espèce les demandeurs ont obtenu des assurances d'indemnisation de la part d'une organisation non gouvernementale qui a levé des fonds à cette fin. Il est toutefois aussi manifeste que les députés défendeurs bénéficient des ressources du parti auquel ils appartiennent, lesquelles ressources sont en partie financées par les contribuables.

[261] D'entrée de jeu, la présente instance a été teintée de partisanerie. Cela ressortait de manière particulièrement manifeste des observations présentées par les députés défendeurs. Après avoir passé en revue l'historique de la procédure ainsi que la preuve, de même que les arguments avancés par les parties à l'audience, il m'a semblé que les demandeurs avaient tenté de préserver l'intégrité du processus électoral, et de s'en tenir au niveau supérieur en favorisant cette intégrité, tandis que les députés défendeurs s'étaient livrés à une guerre de tranchées pour essayer d'empêcher que la présente affaire soit entendue sur le fond.

[262] Despite the obvious public interest in getting to the bottom of the allegations, the CPC made little effort to assist with the investigation at the outset despite early requests. I note that counsel for the CPC was informed while the election was taking place that the calls about polling station changes were improper. While it was begrudgingly conceded during oral argument that what occurred was “absolutely outrageous”, the record indicates that the stance taken by the respondent MPs from the outset was to block these proceedings by any means.

[263] The preliminary stages were marked by numerous objections to the evidence adduced by the applicants. The respondent MPs sought to strike the applications on the ground that they were frivolous and vexatious, to have them dismissed as champertous and to require excessive security for costs, in transparent attempts to derail this case.

[264] There have been interlocutory decisions made by the case management prothonotaries during the proceedings with related costs’ awards. The applicants are, in my view, entitled to be awarded costs on each of the pre-hearing motions in which they have been successful on a solicitor and client basis to be paid jointly and severally by the respondent MPs. This applies also to the champerty motion and the motion to exclude the Graves evidence which was brought initially in relation to the Don Valley East application and then deemed to apply to each of the other applications.

[265] Apart from the motion costs, and with the above considerations in mind, I am inclined to order a modest fixed amount for the costs of the hearing. Absent an agreement as to the amount, the respondent MPs may make written submissions limited to 10 pages within 30 days of the date of this judgment. The applicants will then have 15 days in which to respond and the respondent MPs another 5 days to reply. I will then award a fixed sum in an amount I consider appropriate given the foregoing comments. The other respondents will bear their own costs.

[262] Bien qu’il soit manifestement d’intérêt public d’aller au fond des choses face aux présentes allégations, le PCC a dès le départ fait bien peu d’efforts pour aider au déroulement de l’enquête, et ce, même si on le lui avait demandé tôt. Je relève qu’on a informé les avocats du PCC pendant la tenue même des élections du caractère inapproprié des appels concernant les changements de lieux de scrutin. Quoi qu’ils aient concédé à contre-cœur pendant la plaidoirie que les événements survenus étaient [TRADUCTION] « totalement scandaleux », les députés défendeurs ont eu pour position d’entrée de jeu, d’après le dossier, de faire obstacle par tous les moyens à la présente procédure.

[263] Il y a eu aux étapes préliminaires de nombreuses oppositions à la preuve produite par les demandeurs. Les députés défendeurs ont tenté de faire radier les demandes au motif qu’elles étaient frivoles et vexatoires, et de les faire annuler pour champartie, et ils ont demandé un cautionnement pour frais excessif, manifestement en vue de faire échouer la présente affaire.

[264] Au cours de l’instance, les protonotaires chargés de la gestion de l’instance ont rendu diverses décisions interlocutoires accompagnées d’attribution des dépens. À mon avis, les demandeurs ont droit à ce qu’on leur accorde les dépens, sur une base avocat-client, quant à chaque requête préalable à l’audience pour laquelle ils ont obtenu gain de cause, les députés défendeurs étant solidairement responsable de leur paiement. Cela s’applique également à la requête pour champartie et à la requête visant l’exclusion du témoignage de M. Graves, présentée initialement à l’égard de la demande relative à Don Valley-Est puis réputée s’appliquer à chacune des autres demandes.

[265] Mis à part les dépens afférents aux requêtes, et en ayant à l’esprit les considérations précédemment mentionnées, je serais enclin à ordonner le paiement d’un montant fixe modeste à titre de dépens de l’audience. Faute d’entente sur ce montant, les députés défendeurs pourront présenter dans les 30 jours du présent jugement des observations écrites sur la question d’un maximum de 10 pages. Les demandeurs disposeront ensuite de 15 jours pour répondre, puis les députés défendeurs de 5 jours additionnels pour répliquer. J’adjugerai alors une somme fixe d’un montant que

j'estimerai approprié compte tenu des commentaires susmentionnés. Les autres défendeurs assumeront leurs propres dépens.

#### JUDGMENT

THIS COURT'S JUDGMENT is that

1. the applications are dismissed;
2. the respondent Members of Parliament are awarded costs for the hearing in an amount to be fixed in accordance with the directions given in the reasons for judgment;
3. the applicants are awarded costs for the motions in which they were successful on a solicitor and client basis; and
4. the other responding parties shall bear their own costs.

#### JUGEMENT

LA COUR ORDONNE :

1. les demandes sont rejetées;
2. des dépens d'audience sont attribués aux députés défendeurs, d'un montant devant être fixé conformément aux directives données dans les motifs de jugement;
3. les demandeurs se voient adjuger des dépens, sur une base avocat-client, quant aux requêtes pour lesquelles ils ont obtenu gain de cause;
4. les autres défendeurs assumeront leurs propres dépens.



A-2-11  
2012 FCA 40

A-2-11  
2012 CAF 40

**Minister of Fisheries and Oceans**  
(*Appellant*)

**Le ministre des Pêches et des Océans**  
(*appelant*)

v.

c.

**David Suzuki Foundation, Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, Georgia Strait Alliance, Greenpeace Canada, International Fund for Animal Welfare, Raincoast Conservation Society, Sierra Club of Canada and Western Canada Wilderness Committee** (*Respondents*)

**La Fondation David Suzuki, la Dogwood Initiative, Environmental Defence Canada, la Georgia Strait Alliance, Greenpeace Canada, le Fonds international pour la protection des animaux, la Raincoast Conservation Society, le Sierra Club du Canada et le Western Canada Wilderness Committee** (*intimés*)

**INDEXED AS: DAVID SUZUKI FOUNDATION v. CANADA (FISHERIES AND OCEANS)**

**RÉPERTORIÉ : FONDATION DAVID SUZUKI c. CANADA (PÊCHES ET OCÉANS)**

Federal Court of Appeal, Nadon, Sharlow and Mainville J.J.A.—Vancouver, November 30, 2011; Ottawa, February 9, 2012.

Cour d'appel fédérale, juges Nadon, Sharlow et Mainville, J.C.A.—Vancouver, 30 novembre 2011; Ottawa, 9 février 2012.

*Environment — Appeal from Federal Court judgment declaring that ministerial discretion not legally protecting critical habitat under Species at Risk Act (SARA), s. 58; that appellant unlawfully citing discretionary provisions of Fisheries Act in protection statement concerning critical habitat of Northeast Pacific Northern, Southern populations of killer whales — When southern, northern resident populations of killer whales designated as endangered, threatened respectively, listed accordingly in Schedule 1 of SARA — Pursuant to SARA, s. 58(5) appellant required to ensure that critical habitat identified in recovery strategy be protected — Rather than issuing protection order, appellant issuing public statement — However, appellant reversing position, issuing protection order under SARA, s. 58(1),(4) — Respondents challenging lawfulness of Killer Whales Protection Statement (Protection Statement), order by initiating judicial review applications — Main issues herein applicable standard of review, whether appellant erring by relying on Fisheries Act, regulations in making Protection Statement — Issues of statutory interpretation raised herein reviewed, determined on standard of correctness — Parliament intending that appellant be allowed some flexibility as to how to provide compulsory protection under SARA — Prohibitions set out in Fisheries Act, s. 35(1), when read in conjunction with s. 35(2) thereof, constituting legal means whereby appellant enabled to manage, control alteration, disruption or destruction of fish habitat — Protection offered fish habitat under s. 35(1) may be waived at discretion of appellant acting under s. 35(2) — This provision thus not ensuring that critical habitat of endangered or*

*Environnement — Appel d'un jugement de la Cour fédérale déclarant que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l'habitat essentiel sous le régime de l'art. 58 de la Loi sur les espèces en péril (la LEP), et qu'il était illégal de la part de l'appelant de citer des dispositions de nature discrétionnaire de la Loi sur les pêches dans une déclaration de protection concernant l'habitat essentiel des populations d'épaulards du nord et du sud du Pacifique Nord-Est — Lorsque les populations d'épaulards du sud et du nord ont été désignées comme « en voie de disparition » et « menacée », respectivement, elles ont été inscrites à ce titre à l'Annexe 1 de la LEP — Selon l'art. 58(5) de la LEP, l'appelant était tenu d'assurer la protection de l'habitat essentiel défini dans le programme de rétablissement — Plutôt que de prendre un arrêté de protection, l'appelant a mis une déclaration dans le registre public — Cependant, l'appelant a fait volte-face, et a pris, sous le régime des art. 58(1) et (4) de la LEP, un arrêté de protection — Les intimés ont contesté la légalité de la déclaration de protection de l'épaulard (la déclaration de protection) et de l'arrêté en formant des demandes de contrôle judiciaire — Les principales questions en l'espèce étaient de déterminer la norme de contrôle applicable, et si l'appelant avait commis une erreur en invoquant dans la déclaration de protection les dispositions de la Loi sur les pêches et de ses règlements d'application — Des questions d'interprétation législative soulevées en l'espèce ont été examinées et tranchées suivant la norme de la décision correcte — Le législateur avait l'intention d'accorder à l'appelant une certaine latitude dans le choix des moyens d'assurer la protection*

*threatened aquatic species “legally protected” — Regarding Fisheries Act, s. 36, wrong for Federal Court to rule section could not be relied on by appellant for purposes of protection statement under SARA, s. 58 — Compliance with Fisheries Act, s. 36(3) may not be waived by appellant through licence, permit or other authorization, nor may derogations from related regulations be authorized — Measures under Fisheries Act, s. 36, specific related regulations legally enforceable, not subject to ministerial discretion — Section 36, regulations made thereunder thus providing for compulsory, non-discretionary, legally enforceable measures — No evidence in record showing whether pollution controls set in related regulations protecting from destruction critical habitat of concerned killer whale populations — Therefore, no basis in present proceedings upon which Federal Court could have determined whether appellant’s reliance on s. 36 could have been justified in light of SARA, s. 58 — While appellant relying on existing fishery management scheme adopted under Fisheries Act in Protection Statement, reliance misguided; regulations at issue not seeking to prohibit destruction of salmon prey as element of critical habit but rather providing framework for management of Pacific salmon fisheries under highly discretionary ministerial licensing scheme — Substitution not approved — Therefore, Federal Court judgment declaring that ministerial discretion not legally protecting critical habitat within meaning of SARA, s. 58 upheld save insofar as impeding appellant from relying, in appropriate cases, on Fisheries Act, s. 36, regulations adopted thereunder — Appeal allowed in part.*

*Administrative Law — Judicial Review — Standard of Review — In appeal from Federal Court judgment involving protection of critical habitat under Species at Risk Act (SARA), s. 58, principal question concerning meaning of words “legally protected by provisions in, or measures under, this or any*

*obligatoire sous le régime de la LEP — Les interdictions formulées à l’art. 35(1) de la Loi sur les pêches, conjuguées avec les dispositions de l’art. 35(2) de cette loi, constituent un moyen légal pour l’appelant de gérer et de contrôler la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson — L’appelant, en vertu de l’art. 35(2), peut à son gré déroger à la protection de l’habitat du poisson que prévoit l’art. 35(1) — Cette disposition ne peut donc pas faire en sorte que l’habitat essentiel d’une espèce aquatique en voie de disparition ou menacée soit « protégée légalement » — En ce qui concerne l’art. 36 de la Loi sur les pêches, la Cour fédérale a commis une erreur en statuant qu’il n’était pas permis à l’appelant de l’invoquer aux fins de l’établissement d’une déclaration de protection sous le régime de l’art. 58 de la LEP — L’appelant ne peut permettre de dérogation à l’art. 36(3) de la Loi sur les pêches au moyen d’une licence, d’un permis ou d’une autre autorisation, pas plus qu’il ne peut permettre de dérogations aux règlements connexes — Les mesures prises sous le régime de l’art. 36 de la Loi sur les pêches et de ses règlements sont légalement contraignantes et ne sont pas soumises au pouvoir discrétionnaire du ministre — L’art. 36 et ses dispositions réglementaires sont donc légalement contraignants et ne sont pas soumis au pouvoir discrétionnaire du ministre — Aucun élément du dossier ne tend à répondre à la question de savoir si les mécanismes antipollution prévus par les règlements pertinents protégeraient contre la destruction l’habitat essentiel des populations d’épaulards en cause — Par conséquent, il n’y avait rien, dans la présente affaire, sur quoi la Cour fédérale aurait pu se fonder pour établir si l’appelant aurait eu la faculté d’invoquer l’art. 36, dans le cadre des dispositions de l’art. 58 de la LEP — Bien que l’appelant ait invoqué dans la déclaration de protection le système existant de gestion des pêches dans le cadre de la Loi sur les pêches, il n’était pas fondé à invoquer ces dispositions réglementaires; les dispositions en cause n’ont pas pour objet d’interdire la destruction du saumon en tant que proie de l’espèce en péril et élément de son habitat essentiel, mais elles établissent plutôt les bases de la gestion de la pêche au saumon dans le Pacifique dans le cadre d’un système d’autorisation ministérielle hautement discrétionnaire — Le remplacement du régime n’a pas été avalisé — Par conséquent, le jugement de la Cour fédérale déclarant que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l’habitat essentiel au sens de l’art. 58 de la LEP a été confirmé, sauf dans la mesure où il interdirait à l’appelant d’invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l’art. 36 de la Loi sur les pêches et ses règlements d’application — Appel accueilli en partie.*

*Droit administratif — Contrôle judiciaire — Norme de contrôle judiciaire — Dans un appel d’un jugement de la Cour fédérale portant sur la protection de l’habitat essentiel sous le régime de l’art. 58 de la Loi sur les espèces en péril (la « LEP »), la question principale était d’établir la signification*

*other Act of Parliament” found in SARA, s. 58(5) — No deference owed by Federal Court of Appeal to appellant as to interpretation of relevant provisions of SARA or of Fisheries Act, regulations — Parliament not intending to shield appellant’s interpretation of pertinent provisions of SARA, Fisheries Act from judicial review on standard of correctness — Number of clear indicators that Parliament greatly restricting appellant’s discretion, that not intending to shield appellant’s legal interpretation from judicial review — Therefore, issues of statutory interpretation raised by appeal reviewed, determined on standard of correctness.*

*Construction of Statutes — Appeal from Federal Court judgment declaring, in particular, that ministerial discretion not legally protecting critical habitat under Species at Risk Act (SARA), s. 58 — Pertinent provisions of SARA interpreted to determine whether Parliament intending to allow appellant some flexibility as to how to provide compulsory protection under SARA — Under SARA, s. 58, protection of critical habitat identified in recovery strategy must be achieved through legally enforceable measures — Based on dictionary definitions of word “protect”, French word “protéger”, Parliament’s intent being to avoid interference with, destruction of critical habitat — Juxtaposition of word “legally” with word “protected” to form expression “legally protected” leaving little ambiguity as to Parliament’s intent that critical habitat must be preserved through legally enforceable measures — Legal protection scheme not regulatory management scheme — Based on analysis of SARA, s. 58, Parliament seeking to avoid destruction of identified critical habitat of listed endangered, threatened aquatic species through any means — Consequently, provision in, or measure under, Act of Parliament only legally protecting critical habitat for purposes of SARA, s. 58 if that provision or measure preventing destruction of critical habitat through legally enforceable means not subject to ministerial discretion.*

This was an appeal from a Federal Court judgment declaring that ministerial discretion does not “legally protect” critical habitat under section 58 of the *Species at Risk Act* (SARA) and that it was unlawful for the appellant to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act* in a

*des termes « protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime » de l’art. 58(5) de la LEP — L’appelant n’a pas droit à la retenue judiciaire de la part de la Cour fédérale pour ce qui concerne l’interprétation des dispositions applicables de la LEP ou de la Loi sur les pêches ou des dispositions réglementaires — L’intention du Parlement n’était pas de dispenser du contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte l’interprétation que donne l’appelant des dispositions applicables de la LEP et de la Loi sur les pêches — Il existait plusieurs indications que le Parlement a considérablement limité le pouvoir discrétionnaire de l’appelant, et que l’intention du Parlement n’était pas de mettre l’interprétation juridique de l’appelant à l’abri du contrôle judiciaire — Par conséquent, les questions d’interprétation législative soulevées par l’appel ont été examinées et tranchées selon la norme de la décision correcte.*

*Interprétation des lois — Appel d’un jugement de la Cour fédérale déclarant, notamment, que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l’habitat essentiel sous le régime de l’art. 58 de la Loi sur les espèces en péril (la « LEP ») — Les dispositions applicables de la LEP devaient être interprétées pour déterminer si le législateur avait l’intention d’accorder à l’appelant une certaine latitude dans le choix des moyens d’assurer la protection obligatoire aux termes de la LEP — En vertu de l’art. 58 de la LEP, la protection de l’habitat essentiel désigné au programme de rétablissement doit être assurée par des mesures légalement contraignantes — D’après les définitions lexicographiques du terme anglais « protect » et du terme français « protéger », l’intention du législateur était d’éviter la perturbation et la destruction de l’habitat essentiel — La juxtaposition des termes « protégés » (protected) et « légalement » (legally) pour former le syntagme « protégés légalement » (legally protected) ne laisse guère planer d’ambiguïté sur l’intention du législateur : l’habitat essentiel doit être préservé au moyen de mesures légalement contraignantes — Un régime de protection légale n’est pas un système de gestion réglementaire — D’après l’analyse de l’art. 58 de la LEP, le Parlement cherche à éviter la destruction de l’habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées, d’où que puisse venir cette destruction — Par conséquent, une disposition d’une loi fédérale ou une mesure prise sous le régime d’une telle loi ne peut protéger légalement l’habitat essentiel aux fins de l’art. 58 de la LEP que si elle en prévient la destruction par des moyens légalement contraignants qui ne relèvent pas d’un pouvoir discrétionnaire ministériel.*

Il s’agissait d’un appel interjeté contre un jugement de la Cour fédérale déclarant que le pouvoir discrétionnaire ministériel « ne protège pas légalement » l’habitat essentiel sous le régime de l’article 58 de la *Loi sur les espèces en péril* (la LEP) et qu’il était illégal, de la part de l’appelant, de citer des

protection statement concerning the critical habitat of the Northeast Pacific Northern and Southern population of killer whales. Subsection 58(5) of the SARA provides that the appellant must make an order under subsections 58(1) and (4) protecting the critical habitat of listed endangered or threatened aquatic species if such critical habitat is not legally protected by provisions or measures found in the SARA or another federal legislation.

The Federal Court ruled that the appellant may avoid issuing a critical habitat protection order under the SARA only where the legal protection offered that habitat under another Act of Parliament is the same as that provided under a protection order. It further ruled that the measures available to the appellant under the *Fisheries Act* could be diluted under the sweeping and largely unfettered discretions granted to the appellant thereunder. Therefore, it concluded that the *Fisheries Act* could not be resorted to as a substitute to a critical habitat protection order under the SARA. It went on to make 11 declarations of law.

When the southern resident population of killer whales was designated as endangered and the northern resident population of killer whales as threatened, they were listed accordingly in Schedule 1 of the SARA when that statute was adopted. A recovery strategy for these killer whale populations was prepared and included in the public registry. Pursuant to subsection 58(5) of the SARA, the appellant was required to ensure that the critical habitat identified in the strategy be protected within a deadline. Rather than issuing a protection order, the appellant issued a public statement setting out how the critical habitat of the concerned killer whale populations was legally protected. The statement restricted the concept of critical habitat for the purposes of the SARA to geophysical attributes. Some of the most important elements of the critical habitat which had been identified in the recovery strategy were left without protection; the statement did not consider these components as part of “critical habitat” for the purposes of protection under the SARA. The respondents in this appeal challenged the lawfulness of the Killer Whales Protection Statement (Protection Statement) by initiating a judicial review application, arguing that the critical habitat of the concerned killer whale populations included not only the geophysical elements of that habitat but also all the other components identified in the recovery strategy. Before the judicial review application hearing, the appellant reversed its position and a protection order under subsections 58(1) and (4) of the SARA was issued and registered. The respondents then sought clarification as to the scope and meaning of the order and, unsatisfied with the appellant’s response, filed a second judicial review application challenging the practice of

dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*, dans une déclaration de protection concernant l’habitat essentiel des populations d’épaulards du nord et du sud du Pacifique Nord-Est. Le paragraphe 58(5) de la LEP dispose que l’appelant est tenu de prendre, en application des paragraphes 58(1) et (4), un arrêté protégeant l’habitat essentiel d’une espèce aquatique sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée, si cet habitat n’est pas protégé légalement par des dispositions de la LEP ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime.

La Cour fédérale a statué que l’appelant ne peut se dispenser de prendre un arrêté de protection de l’habitat essentiel dans le cadre de la LEP que si la protection légale qu’assure une autre loi fédérale à cet habitat est la même que celle qui lui offrirait un tel arrêté. Elle a aussi statué que les pouvoirs discrétionnaires étendus et peu limités que la *Loi sur les pêches* confère à l’appelant risquent d’édulcorer les mesures que celle-ci met à sa disposition. Par conséquent, a-t-elle conclu, il n’est pas permis de recourir à la *Loi sur les pêches* comme solution de rechange à la prise d’un arrêté de protection de l’habitat sous le régime de la LEP. La Cour a ensuite formulé 11 conclusions déclaratoires.

Lorsque la population d’épaulards du sud a été désignée au titre de population en voie de disparition, et la population du nord, au titre de population menacée, elles ont été inscrites à l’annexe 1 de la LEP, dès que cette loi a été adoptée. Un programme de rétablissement relatif à ces populations d’épaulards a été élaboré et mis dans le registre public. Selon le paragraphe 58(5) de la LEP, l’appelant était tenu d’assurer la protection de l’habitat essentiel défini dans le programme de rétablissement dans des délais précis. Plutôt que de prendre un arrêté de protection, l’appelant a mis dans le registre public une déclaration énonçant comment l’habitat essentiel des populations d’épaulards en question était protégé légalement. Aux fins de la LEP, la déclaration limitait le concept d’habitat essentiel à des caractéristiques géophysiques. Certains des éléments les plus importants de l’habitat essentiel, désignés dans le programme de rétablissement, étaient laissés sans protection; la déclaration de protection n’englobait pas ces éléments dans l’« habitat essentiel » aux fins de la protection à assurer en vertu de la LEP. Les intimés au présent appel ont contesté la légalité de la déclaration de protection de l’épaulard (la « déclaration de protection ») en formant une demande de contrôle judiciaire, soutenant que l’habitat essentiel des populations d’épaulards en question comprenait non seulement les caractéristiques géophysiques de la zone définie, mais aussi tous les autres éléments recensés dans le programme de rétablissement. Avant l’instruction de cette demande de contrôle judiciaire, l’appelant a fait volte-face; il a pris et enregistré un arrêté, sous le régime des paragraphes 58(1) et (4) de la LEP. Les intimés ont demandé des éclaircissements sur la portée et la signification de l’arrêté et,

limiting the scope of a protection order made under subsections 58(1) and (4) of the SARA to geospatial areas and geophysical elements of critical habitat.

The appellant's two grounds of appeal in this case concerned the standard of review and the interpretation of the SARA.

The main issues were the applicable standard of review in this case and whether the appellant erred by relying on the provisions of the *Fisheries Act* and of its regulations in making the Killer Whales Protection Statement.

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

Regarding the standard of review, the principal question concerned the meaning of the words "legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament" found in subsection 58(5) of the SARA. No deference is owed by the Federal Court of Appeal to the appellant as to the interpretation of the relevant provisions of the SARA or of the *Fisheries Act* and its regulations. It was determined that Parliament did not intend to shield the appellant's interpretation of the pertinent provisions of the SARA and of the *Fisheries Act* from judicial review on a standard of correctness. Neither the SARA nor the *Fisheries Act* contains a privative clause, a strong indication of Parliament's intent not to shield the appellant's interpretation of these statutes from judicial review. Also, the purpose of section 58 is to ensure that all the critical habitat is protected and, under subsection 58(5), the appellant must make a protection order to protect identified critical habitat unless that habitat is legally protected by, *inter alia*, an act of Parliament. These are all indications that Parliament has greatly restricted the appellant's discretion and its intent not to shield the appellant's legal interpretation from judicial review appears clear. As well, the appellant acts in an administrative capacity and not as an adjudicator when preparing and issuing a protection statement under subsection 58(5) of the SARA. The fact that Parliament has not had to set up an independent administrative tribunal to adjudicate legal issues under the SARA is a further indication of the legislative intent to empower the courts with authority to adjudicate these issues on a standard of correctness. The question in issue is one of statutory interpretation which the courts are best equipped to answer in the circumstances of this case. Finally, though the appellant can certainly claim expertise in the management of the fisheries and of fish habitat, this does not confer on the appellant expertise in the interpretation of statutes. Expertise in fisheries does not necessarily confer special legal expertise to interpret

insatisfaits de la réponse de l'appelant, ils ont formé une seconde demande de contrôle judiciaire contestant la pratique consistant à limiter l'application de l'arrêté de protection pris sous le régime des paragraphes 58(1) et (4) de la LEP à des zones géospatiales et à des caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel.

Les deux moyens d'appel de l'appelant en l'espèce concernaient la norme de contrôle judiciaire et l'interprétation de la LEP.

Les principales questions à trancher étaient la détermination de la norme de contrôle judiciaire applicable en l'espèce et si l'appelant avait commis une erreur en invoquant, dans la déclaration de protection visant les épaulards, les dispositions de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d'application.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli en partie.

En ce qui a trait à la norme de contrôle, la principale question concernait la signification des termes « protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime » du paragraphe 58(5) de la LEP. L'interprétation que l'appelant donne des dispositions applicables de la LEP ou de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d'application ne commande pas la déférence de la Cour d'appel fédérale. Il a été déterminé que l'intention du Parlement n'était pas de dispenser du contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte l'interprétation que donne l'appelant des dispositions applicables de la LEP et de la *Loi sur les pêches*. Ni la LEP, ni la *Loi sur les pêches* ne contient de clause privative, ce qui est un signe fort de l'intention du législateur de ne pas mettre à l'abri du contrôle judiciaire l'interprétation juridique de ces lois par l'appelant. Par ailleurs, l'article 58 de la LEP a pour objet de faire en sorte que tout l'habitat essentiel soit protégé et, aux termes du paragraphe 58(5), l'appelant est tenu de prendre un arrêté visant à protéger l'habitat essentiel désigné, à moins qu'il ne soit protégé légalement par, notamment, une loi fédérale. Ce sont là autant d'indications que le Parlement a considérablement limité le pouvoir discrétionnaire de l'appelant, et l'intention du Parlement de ne pas mettre l'interprétation juridique de l'appelant à l'abri du contrôle judiciaire paraît manifeste. De plus, l'appelant ne statue pas à l'égard d'un litige, mais remplit plutôt une fonction administrative lorsqu'il élabore et publie une déclaration de protection sous le régime du paragraphe 58(5) de la LEP. Le fait que le Parlement n'ait pas créé un tribunal administratif indépendant pour trancher les questions de droit soulevées sous le régime de la LEP est un autre signe de l'intention qu'il avait de conférer aux tribunaux judiciaires le pouvoir de se prononcer sur ces questions suivant la norme de la décision correcte. Le point en litige est une question d'interprétation législative que les tribunaux judiciaires sont le plus aptes à

the statutory provisions of the SARA or of the *Fisheries Act*. Therefore, the issues of statutory interpretation raised by this appeal were reviewed and determined on a standard of correctness.

To determine whether Parliament intended that the appellant be allowed some flexibility as to how to provide the compulsory protection under the SARA, the pertinent provisions thereof were interpreted. Under section 58, protection of critical habitat identified in a recovery strategy must be achieved through legally enforceable measures. Based on the dictionary definitions of the word “protect” and the French word “protéger”, Parliament’s intent was to avoid interference with and destruction of critical habitat. The juxtaposition of the word “legally” with the word “protected” to form the expression “legally protected” leaves little ambiguity as to Parliament’s intent that critical habitat must be preserved through legally enforceable measures. A legal protection scheme is not a regulatory management scheme. Had Parliament intended only a legal prohibition from destruction to protect critical habitat, it would not have provided the alternative of a protection statement. In conclusion, a textual, contextual and purposive analysis of section 58 of the SARA showed that Parliament is precisely seeking to avoid the destruction of identified critical habitat of listed endangered and threatened aquatic species through any means, including through activities authorized under discretionary permits or licences. Consequently, a provision in, or a measure under, an Act of Parliament only legally protects critical habitat for the purposes of section 58 if that provision or measure prevents the destruction of critical habitat through legally enforceable means which are not subject to ministerial discretion.

As to whether relevant provisions of the *Fisheries Act* could be relied on by the appellant for the purposes of section 58 of the SARA, the prohibitions set out in subsection 35(1), when read in conjunction with subsection 35(2), constitute a legal means whereby the appellant is enabled to manage and control the alteration, disruption or destruction of fish habitat. There is no dispute that the protection offered fish habitat under subsection 35(1) may be waived at the discretion of the appellant acting under subsection 35(2). Thus, this provision cannot ensure that the critical habitat of endangered or

décider dans les circonstances de la présente affaire. Enfin, bien que l’appellant puisse certainement faire état d’expertise en matière de gestion des pêches et de l’habitat des poissons, il n’en est pas pour autant pourvu d’expertise dans l’interprétation des lois. Les connaissances halieutiques, en effet, ne confèrent pas nécessairement une expertise juridique spéciale pour interpréter les dispositions de la LEP ou de la *Loi sur les pêches*. Par conséquent, les questions d’interprétation législative qu’a soulevé le présent appel ont été examinées et tranchées selon la norme de la décision correcte.

Afin de déterminer si le législateur avait l’intention d’accorder une certaine latitude à l’appellant dans le choix des moyens d’assurer la protection obligatoire sous le régime de la LEP, il faut en interpréter les dispositions applicables. Sous le régime de l’article 58, la protection de l’habitat essentiel désigné au programme de rétablissement doit être assurée par des mesures légalement contraignantes. D’après les définitions lexicographiques du terme anglais « protect » et du terme français « protéger », l’intention du législateur était d’éviter la perturbation et la destruction de l’habitat essentiel. La juxtaposition des termes « protégés » (*protected*) et « légalement » (*legally*) pour former le syntagme « protégés légalement » (*legally protected*) ne laisse guère planer d’ambiguïté sur l’intention du législateur : l’habitat essentiel doit être préservé au moyen de mesures légalement contraignantes. Un régime de protection légale n’est pas un système de gestion réglementaire. Si le Parlement avait envisagé de protéger l’habitat essentiel seulement par une interdiction légale de destruction, il n’aurait pas prévu la solution de rechange que constitue la déclaration de protection. En conclusion, l’analyse textuelle, contextuelle et téléologique de l’article 58 de la LEP a montré que le Parlement cherche précisément à éviter la destruction de l’habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées, d’où que puisse venir cette destruction, y compris d’activités autorisées par des permis ou licences délivrés en vertu d’un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, une disposition d’une loi fédérale ou une mesure prise sous le régime d’une telle loi ne peut protéger légalement l’habitat essentiel aux fins de l’article 58 que si elle en prévient la destruction par des moyens légalement contraignants qui ne relèvent pas d’un pouvoir discrétionnaire ministériel.

En ce qui concerne le fait qu’il soit permis ou non à l’appellant d’invoquer les dispositions de la *Loi sur les pêches* aux fins de l’article 58 de la LEP, les interdictions formulées au paragraphe 35(1), conjuguées avec les dispositions du paragraphe 35(2), constituent un moyen légal pour l’appellant de gérer et de contrôler la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson. Il n’est pas contesté que l’appellant, en vertu du paragraphe 35(2), peut à son gré déroger à la protection de l’habitat du poisson que prévoit le paragraphe 35(1). Par conséquent, ce dernier paragraphe ne

threatened aquatic species is “legally protected” under the meaning of section 58 of the SARA. Regarding section 36 of the *Fisheries Act*, the Federal Court ruled that this section could not be relied on by the appellant for the purposes of a protection statement under section 58 of the SARA. This conclusion was based on the fact that though this section prohibits the deposit of a deleterious substance into water frequented by fish, it allows for the authorization of such deposits through regulation at Cabinet’s discretion. This ruling was not agreed with. Compliance with subsection 36(3) of the *Fisheries Act* may not be waived by the appellant through a licence, permit or other authorization, nor may the appellant authorize derogations from related regulations. Measures under this section and specific related regulations are legally enforceable and are not subject to ministerial discretion. This section and the regulations made thereunder thus provide for compulsory, non-discretionary and legally enforceable measures. Regulations made under section 36 of the *Fisheries Act* may be adopted or amended from time to time. The fact a statutory provision or a regulatory provision may be eventually modified does not entail that it may not be relied upon by the appellant for the purposes of subsection 58(5) of the SARA. There is a fundamental difference between a non-discretionary and legally enforceable regulation and a discretionary ministerial licensing scheme. There was no evidence in the record showing whether the pollution controls set out in related regulations protect from destruction the critical habitat of the concerned killer whale populations. Therefore, there was no basis in these proceedings upon which the Federal Court could have determined whether the appellant’s reliance on section 36 of the *Fisheries Act* could have been justified in light of the provisions of section 58 of the SARA. Consequently, to the extent that the Federal Court’s declaration impedes the appellant from relying, in appropriate cases, on section 36 of the *Fisheries Act* and its regulations for the purposes of a protection statement made under paragraph 58(1)(b) of the SARA, it could not stand. In the present case, it did not need to be determined whether the appellant’s reliance on this provision met the requirements of section 58 of the SARA.

In the Protection Statement, the appellant relied on the existing fishery management scheme adopted under the *Fisheries Act*, submitting that it offers adequate protection to ensure the availability of salmon prey for the concerned killer whale populations. This reliance was misguided; the regulations at issue do not seek to prohibit the destruction of salmon prey as an element of critical habit but rather provide the

peut pas faire en sorte que l’habitat essentiel d’une espèce aquatique en voie de disparition ou menacée soit « protégé légalement » au sens de l’article 58 de la LEP. En ce qui a trait à l’article 36 de la *Loi sur les pêches*, la Cour fédérale a statué qu’il n’était pas permis à l’appellant de l’invoquer aux fins de l’établissement d’une déclaration de protection sous le régime de l’article 58 de la LEP. Cette conclusion était fondée sur le fait que cet article interdit de rejeter une substance nocive dans des eaux où vivent des poissons, mais prévoit qu’il est permis de procéder à de tels rejets par voie réglementaire, à la discrétion du Cabinet. La Cour d’appel fédérale n’a pas suivi cette conclusion. L’appellant ne peut permettre de dérogations au paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches* au moyen d’une licence, d’un permis ou d’une autre autorisation, pas plus qu’il ne peut permettre de dérogations aux règlements connexes. Les mesures prises sous le régime de ce paragraphe et de ces règlements sont légalement contraignantes et ne sont pas soumises au pouvoir discrétionnaire du ministre. Ce paragraphe et ses dispositions réglementaires d’application garantissent donc des mesures obligatoires, non discrétionnaires et légalement contraignantes. Les dispositions d’application de l’article 36 de la *Loi sur les pêches* sont adoptées selon les besoins et peuvent être modifiées, s’il y a lieu. Le fait qu’une disposition légale ou réglementaire risque d’être un jour ou l’autre modifiée n’a pas pour conséquence d’interdire à l’appellant de l’invoquer pour l’application du paragraphe 58(5) de la LEP. Il y a une différence fondamentale entre une réglementation non discrétionnaire et légalement contraignante, et un système discrétionnaire d’autorisation ministérielle. Dans la présente affaire, aucun élément du dossier ne tendait à répondre à la question de savoir si les mécanismes antipollution prévus par les règlements connexes protégeraient contre la destruction l’habitat essentiel des populations d’épaulards en cause. Par conséquent, il n’y avait rien, dans la présente affaire, sur quoi la Cour fédérale aurait pu se fonder pour établir si l’appellant aurait eu la faculté d’invoquer l’article 36 de la *Loi sur les pêches* dans le cadre des dispositions de l’article 58 de la LEP. En conséquence, dans la mesure où elle interdit à l’appellant d’invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l’article 36 de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d’application aux fins de l’établissement d’une déclaration de protection sous le régime de l’alinéa 58(1)b) de la LEP, la conclusion déclaratoire de la Cour fédérale ne pouvait être confirmée. En l’occurrence, il n’y avait pas à décider si l’article 58 de la LEP permettait à l’appellant d’invoquer cet article de la *Loi sur les pêches*.

L’appellant a invoqué, dans la déclaration de protection, le système existant de gestion des pêches adopté dans le cadre de la *Loi sur les pêches*, soutenant ainsi que le système existant de gestion de la pêche au saumon suffit à assurer la disponibilité du saumon comme proie pour les populations d’épaulards en question. L’appellant n’était pas fondé à invoquer ces dispositions réglementaires; ces dispositions n’ont

framework for the management of the Pacific salmon fisheries under a highly discretionary ministerial licensing scheme. The substitution of the non-discretionary and compulsory critical habitat protection scheme of section 58 of the SARA with the discretionary fisheries management scheme established under the *Fisheries Act* and its regulations should not be approved. The protection of critical habitat should not be confused with the management of critical habitat. The SARA calls for both the protection of critical habitat under section 58 and for management measures to ensure the recovery of that habitat through action plans and other methods.

Therefore, the Federal Court judgment declaring that ministerial discretion does not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of the SARA was upheld save insofar as, for the purposes of section 58 of the SARA, it impedes the appellant from relying, in appropriate cases, on section 36 of the *Fisheries Act* and the regulations adopted under that section.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Act of Settlement, 1700* (U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2.  
*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown, 1688* (U.K.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2 (Bill of Rights).  
*British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996*, SOR/96-137, ss. 42, 43, 44, 45 (as am. by SOR/2001-156, s. 10(E)), 46 (as am. by SOR/2002-380, s. 7(E)), 47, 48 (as am. by SOR/2001-156, s. 11), 49 (as am. by SOR/2002-380, s. 8(E)), 50, Sch. VI.  
*Canadian Human Rights Act*, R.S.C., 1985, c. H-6.  
*Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order*, SOR/2009-68.  
*Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14, ss. 2 “fish” (as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 1), 7(1), 35, 36.  
*Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53, s. 22 (as am. by SOR/93-333, s. 4).  
*Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2002-222.  
*National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7, s. 99(1) (as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 25(F)).  
*Pacific Fishery Regulations, 1993*, SOR/93-54, ss. 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58 (as am. by SOR/2010-270, s. 11), 59, 60, Sch. VI (as am. by SOR/95-181, s. 3(F); 96-330, s. 4).  
*Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4.  
*Pulp and Paper Effluent Regulations*, SOR/92-269, ss. 6(1)(a) (as am. by SOR/2004-109, s. 2), (b) (as am.

pas pour objet d’interdire la destruction du saumon en tant que proie de l’espèce en péril et élément de son habitat essentiel, mais elles établissent plutôt les bases de la gestion de la pêche au saumon dans le Pacifique dans le cadre d’un système d’autorisation ministérielle hautement discrétionnaire. Le remplacement du régime non discrétionnaire et obligatoire de protection de l’habitat essentiel que définit l’article 58 de la LEP par le système discrétionnaire de gestion des pêches établi dans le cadre de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d’application ne doit pas être avalisé. Il faut éviter de confondre la protection et la gestion de l’habitat essentiel. La LEP exige à la fois la protection de l’habitat essentiel dans le cadre de son article 58, et la prise de mesures de gestion propres à assurer le rétablissement de cet habitat, par exemple sous la forme de plans d’action.

Par conséquent, la conclusion déclaratoire de la Cour fédérale selon laquelle le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l’habitat essentiel au sens de l’article 58 de la LEP a été confirmée, sauf dans la mesure où, pour l’application de l’article 58 de la LEP, elle interdirait à l’appellant d’invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l’article 36 de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d’application.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Act of Settlement, 1700* (R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2.  
*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of the Crown, 1688* (R.-U.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2 (Bill of Rights).  
*Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l’épaulard (Orcinus orca) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est*, DORS/2009-68.  
*Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.  
*Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4.  
*Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29, préambule, art. 2(1) « espèce aquatique », « espèce disparue du pays », « espèce en péril », « espèce en voie de disparition », « espèce menacée », « espèce préoccupante », « habitat », « habitat essentiel », « ministre », « ministre compétent » (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 14), « résidence », (3), 5, 6, 8(1), 11, 27, 32, 33, 37(1), 38, 39, 41(1), 42, 43, 46, 47, 48, 49 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 22), 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 73 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 23), 74, 75, 77, 80(2), 83, 97, 98, ann. 1.  
*Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, art. 2 « poissons » (mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 1), 7(1), 35, 36.  
*Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22, art. 2(1) « règlement ».  
*Loi sur l’Office national de l’énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7, art. 99(1) (mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 25(F)).



*idem*, (2) (as am. *idem*), 14 (as am. *idem*, s. 12; 2008-239, s. 3(E)), 15(1) (as am. by SOR/2004-109, s. 12; 2008-239, s. 4), 16(1) (as am. by SOR/2004-109, s. 12), (2) (as am. *idem*), (4) (as am. *idem*), 18(1) (as am. *idem*, s. 14), 19 (as am. *idem*, s. 15; 2008-239, s. 5(E)), 20 (as am. by SOR/2004-109, s. 15; 2008-239, s. 6(E)), 21, 33 (as am. by SOR/2004-109, s. 18), 34 (as am. *idem*).

*Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29, preamble, ss. 2(1) “aquatic species”, “competent minister” (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 14), “critical habitat”, “endangered species”, “extirpated species”, “habitat”, “Minister”, “residence”, “species at risk”, “species of special concern”, “threatened species”, (3), 5, 6, 8(1), 11, 27, 32, 33, 37(1), 38, 39, 41(1), 42, 43, 46, 47, 48, 49 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 22), 50, 51, 52, 53, 54, 55, 57, 58, 60, 61, 73 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 23), 74, 75, 77, 80(2), 83, 97, 98, Sch. 1

*Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22, s. 2(1) “regulation”.

*Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique*, DORS/96-137 art. 42, 43, 44, 45 (mod. par DOR/2001-156, art. 10(A)), 46 (mod. par DORS/2002-380, art. 7(A)), 47, 48 (mod. par DORS/2001-156, art. 11), 49 (mod. par DORS/2002-380, art. 8(A)), 50, ann. VI.

*Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, art. 22 (mod. par DORS/93-333, art. 4).

*Règlement de pêche du Pacifique (1993)*, DORS/93-54, art. 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58 (mod. par DORS/2010-270, art. 11), 59, 60, ann. VI (mod. par DORS/95-181, art. 3(F); 96-330, art. 4).

*Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269, art. 6(1)a) (mod. par DORS/2004-109, art. 2), b) (mod., *idem*), (2) (mod., *idem*), 14 (mod., *idem*, art. 12; 2008-239, art. 3(A)), 15(1) (mod. par DORS/2004-109, art. 12; 2008-239, art. 4), 16(1) (mod. par DORS/2004-109, art. 12), (2) (mod., *idem*), (4) (mod., *idem*), 18(1) (mod., *idem*, art. 14), 19 (mod., *idem*, art. 15; 2008-239, art. 5(A)), 20 (mod. par DORS/2004-109, art. 15; 2008-239, art. 6(A)), 21, 33 (mod. par DORS/2004-109, art. 18), 34 (mod., *idem*).

*Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222.

## TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Convention on Biological Diversity*, 5 June 1992, [1993] Can. T.S. No. 24.

## CASES CITED

## APPLIED:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1, 291 D.L.R. (4th) 577; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231, [1989] 3 W.W.R. 97; *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, 218 N.S.R. (2d) 311, 232 D.L.R. (4th) 577.

## CONSIDERED:

*Environmental Defence Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2009 FC 878, 45 C.E.L.R. (3d) 161, 349 F.T.R. 225; *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3, 327 D.L.R. (4th) 513, 14 Admin. L.R. (5th) 1; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471, 337 D.L.R. (4th) 385, 26 Admin. L.R. (5th) 1; *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160, 328 D.L.R. (4th) 1, 16 Admin. L.R. (5th) 157; *Adam v. Canada (Environment)*, 2011 FC 962, *sub nom. Athabasca Chipewyan First Nation v. Canada*

## TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, [1993] R.T. Can. n° 24.

## JURISPRUDENCE CITÉE

## DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3.

## DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2009 CF 878; *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3; *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471; *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160; *Adam c. Canada (Environnement)*, 2011 CF 962, *sub nom. Athabasca Chipewyan First Nation c. Canada (Environnement)*, [2013] 2 R.C.F. 201; *Blanchard c. Control Data Canada Ltée et autre*, [1984] 2 R.C.S. 476; *Pezim c. Colombie-Britannique*

(*Environment*), [2013] 2 F.C.R. 201, 62 C.E.L.R. (3d) 218, [2011] 4 C.N.L.R. 17; *Blanchard v. Control Data Canada Ltd. et al.*, [1984] 2 S.C.R. 476, (1984), 14 D.L.R. (4th) 289, 14 Admin. L.R. 133; *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557, (1994), 114 D.L.R. (4th) 385, [1994] 7 W.W.R. 1; *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748, (1997), 144 D.L.R. (4th) 1, 50 Admin. L.R. (2d) 199; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, (1998), 160 D.L.R. (4th) 193, 11 Admin. L.R. (3d) 1, amended reasons, [1998] 1 S.C.R. 1222, (1998), 11 Admin. L.R. (3d) 130; *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, 223 D.L.R. (4th) 599, [2003] 5 W.W.R. 1; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, 340 D.L.R. (4th) 1, [2012] 2 W.W.R. 619.

## REFERRED TO:

*Aktiebolaget Hässle v. Apotex Inc.*, 2008 FCA 88, 65 C.P.R. (4th) 5, 375 N.R. 342; *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311, 309 D.L.R. (4th) 411, 79 Imm. L.R. (3d) 157; *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, 333 D.L.R. (4th) 463, 420 N.R. 50; *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, 420 N.R. 213; *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227, (1979), 25 N.B.R. (2d) 237, 97 D.L.R. (3d) 417; *U.E.S., Local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048, (1988), 35 Admin. L.R. 153, 89 CLLC 14,045; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654, 519 A.R. 1, 339 D.L.R. (4th) 428; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, (2005), 259 D.L.R. (4th) 193, [2005] 5 C.T.C. 215; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, (1998), 36 O.R. (3d) 418, 154 D.L.R. (4th) 193; *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 557, 318 D.L.R. (4th) 288, 51 C.E.L.R. (3d) 1; *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12, (1997), 142 D.L.R. (4th) 193, 43 Admin. L.R. (2d) 1; *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548, (1997), 155 D.L.R. (4th) 572, 221 N.R. 372.

## AUTHORS CITED

*Canadian Oxford Dictionary*, 2nd ed. Toronto: Oxford University Press, 2004, "protect".

(*Superintendent of Brokers*), [1994] 2 S.C.R. 557; *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, motifs modifiés, [1998] 1 R.C.S. 1222; *Dr. Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226; *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616.

## DÉCISIONS CITÉES :

*Aktiebolaget Hässle c. Apotex Inc.*, 2008 CAF 88; *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311; *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344; *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374; *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227, (1979), 25 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 237; *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048; *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers' Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654; *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601; *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27; *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 557; *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.).

## DOCTRINE CITÉE

*Canadian Oxford Dictionary*, 2<sup>e</sup> éd. Toronto : Oxford University Press, 2004, « protect ».

Dussault, René and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1990.

Goodhart, A. L. and R. E. Megarry. “Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins” (1956), 72 *L.Q.R.* 345

Hailsham of St. Marylebone, Lord. “Democracy and Judicial Independence” (1979), 28 *U.N.B.L.J.* 7.

Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement, online: Species at Risk Public Registry, online: <[https://www.registrelep-sararegistry.gc.ca/virtual\\_sara/files/ch\\_killer\\_whale\\_0908\\_e.pdf](https://www.registrelep-sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/ch_killer_whale_0908_e.pdf)>.

*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris: Dictionnaires Le Robert, 2006, “protéger”.

*Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada*, March 2008, online: <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2008/ec/En3-4-46-2007E.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2008/ec/En3-4-46-2007E.pdf)>.

APPEAL from a Federal Court decision (2010 FC 1233, [2012] 3 F.C.R. 136, 55 C.E.L.R. (3d) 250, 379 F.T.R. 183) declaring that ministerial discretion does not “legally protect” critical habitat under section 58 of the *Species at Risk Act* and that it was unlawful for the appellant to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act* in a protection statement concerning the critical habitat of the Northeast Pacific Northern and Southern population of killer whales. Appeal allowed in part.

## APPEARANCES

*Lorne Lachance* and *Lisa Riddle* for appellant.  
*Margot Venton* and *Tim Leadem* for respondents.

## SOLICITORS OF RECORD

*Deputy Attorney General of Canada* for appellant.  
*Ecojustice*, Vancouver, for respondents.

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

[1] MAINVILLE J.A.: The Minister of Fisheries and Oceans (Minister) is appealing a judgment of the Federal Court cited as 2010 FC 1233, [2012] 3 F.C.R. 136 (reasons) in which Russell J. (Federal Court Judge)

Dussault, René et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd. Québec : Presses de l’Université Laval, 1989.

Épaulards (*Orcinus orca*) résidents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l’habitat critique, en ligne : Registre public des espèces en péril, <[http://www.registrelep-sararegistry.gc.ca/virtual\\_sara/files/ch\\_killer\\_whale\\_0908\\_f.pdf](http://www.registrelep-sararegistry.gc.ca/virtual_sara/files/ch_killer_whale_0908_f.pdf)>.

Goodhart, A. L. et R. E. Megarry. « Judicial Review and the Rule of Law : Historical Origins » (1956), 72 *L.Q.R.* 345.

Hailsham of St. Marylebone, Lord. « Democracy and Judicial Independence » (1979), 28 *R.D. U.N.-B.* 7.

*Nouveau Petit Robert : Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*. Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006, « protéger ».

*Programme de rétablissement des épaulards résidents (Orcinus orca) du nord et du sud au Canada*, mars 2008, en ligne : <[http://publications.gc.ca/collections/collection\\_2008/ec/En3-4-46-2007F.pdf](http://publications.gc.ca/collections/collection_2008/ec/En3-4-46-2007F.pdf)>.

APPEL d’une décision de la Cour fédérale (2010 CF 1233, [2012] 3 R.C.F. 136) selon laquelle le pouvoir discrétionnaire ministériel « ne protège pas légalement » l’habitat essentiel sous le régime de l’article 58 de la *Loi sur les espèces en péril* et qu’il était illégal de la part de l’appelant de citer des dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*, dans une déclaration de protection concernant l’habitat essentiel des populations d’épaulards du nord et du sud du Pacifique Nord-Est. Appel accueilli en partie.

## ONT COMPARU

*Lorne Lachance* et *Lisa Riddle* pour l’appelant.  
*Margot Venton* et *Tim Leadem* pour les intimés.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Le sous-procureur général du Canada* pour l’appelant.  
*Ecojustice*, Vancouver, pour les intimés.

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

[1] LE JUGE MAINVILLE, J.C.A. : La Cour est saisie d’un appel interjeté par le ministre des Pêches et des Océans (le ministre) contre le jugement de la Cour fédérale portant la référence 2010 CF 1233, [2012] 3 R.C.F.

declared that ministerial discretion does not “legally protect” critical habitat under section 58 of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29 (SARA) and which further declared that it was unlawful for the Minister to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14 in a protection statement concerning the critical habitat of the Northeast Pacific Northern and Southern populations of killer whales.

[2] Subsection 58(5) of the SARA provides that the Minister must make an order under subsections 58(1) and (4) protecting the critical habitat of listed endangered or threatened aquatic species if such critical habitat “is not legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament”. The Minister had determined that the *Fisheries Act* legally protected some aspects of the critical habitat of killer whales and could thus be resorted to as a substitute to a protection order under the SARA.

[3] The Federal Court Judge ruled that the Minister may avoid issuing a critical habitat protection order under the SARA only where the legal protection offered that habitat under another Act of Parliament is the same as that provided under a protection order. He further ruled that the measures available to the Minister under the *Fisheries Act* could be diluted under the sweeping and largely unfettered discretions granted to the Minister under that statute. Consequently, he concluded that the *Fisheries Act* could not be resorted to as a substitute to a critical habitat protection order under the SARA.

#### Overview of conclusions

[4] The Minister is appealing to this Court on two main grounds.

[5] The first ground of appeal concerns the standard of review. The Minister submits that Parliament made him responsible for the administration of the

136 (les motifs), par lequel le juge Russell (le juge de la Cour fédérale) a déclaré que le pouvoir discrétionnaire ministériel « ne protège pas légalement » l’habitat essentiel sous le régime de l’article 58 de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29 (la LEP), et qu’il était illégal de la part du ministre de citer des dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14, dans une déclaration de protection concernant l’habitat essentiel des populations d’épaulards du nord et du sud du Pacifique Nord-Est.

[2] Le paragraphe 58(5) de la LEP dispose que le ministre est tenu de prendre, en application des paragraphes 58(1) et (4), un arrêté protégeant l’habitat essentiel d’une espèce aquatique sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée si cet habitat n’est « pas [protégé] légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime ». Le ministre avait conclu que la *Loi sur les pêches* protégeait légalement certains aspects de l’habitat essentiel de l’épaulard et qu’il pouvait donc y avoir recours au lieu de prendre un arrêté de protection en application de la LEP.

[3] Le juge de la Cour fédérale a statué que le ministre ne peut se dispenser de prendre un arrêté de protection de l’habitat essentiel dans le cadre de la LEP que si la protection légale qu’assure une autre loi fédérale à cet habitat est la même que celle que lui offrirait un tel arrêté. Il a aussi statué que les pouvoirs discrétionnaires étendus et peu limités que la *Loi sur les pêches* confère au ministre risquent d’édulcorer les mesures que celle-ci met à sa disposition. Par conséquent, a-t-il conclu, il n’est pas permis de recourir à la *Loi sur les pêches* comme solution de rechange à la prise d’un arrêté de protection de l’habitat essentiel sous le régime de la LEP.

#### Sommaire des conclusions de la Cour

[4] Le ministre fait valoir deux moyens d’appel principaux devant notre Cour.

[5] Le premier de ces moyens concerne la norme de contrôle judiciaire. Le ministre soutient que, le législateur lui ayant confié la responsabilité d’assurer

regulatory schemes of the SARA and of the *Fisheries Act*; hence, his interpretation of their provisions is entitled to deference. The Minister bases that submission on a judgment rendered fairly recently by the Supreme Court of Canada: *Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190 (*Dunsmuir*). That judgment emphasized the deference owed to an administrative tribunal when it interprets a provision of its enabling (or “home”) statute or statutes closely related to its functions.

[6] In my view, no deference is owed to the Minister as to the interpretation of the relevant provisions of the SARA or of the *Fisheries Act*. The Minister’s interpretation of the Supreme Court’s most recent pronouncements is erroneous as it fails to consider the context in which they were developed and the reasons which may warrant deference to an administrative tribunal when it interprets its enabling statute. The reasonableness standard of review does not apply to the interpretation of a statute by a minister responsible for its implementation unless Parliament has provided otherwise. I thus conclude—as did the Federal Court Judge in this case—that where an application for judicial review of a decision as to the implementation of the SARA is based on an allegation that the Minister has misinterpreted a provision of the SARA—or of the *Fisheries Act* as it relates to the SARA—the Minister’s interpretation must be reviewed on a standard of correctness. The courts owe no deference to the Minister in that respect.

[7] The second ground of appeal concerns the interpretation of the SARA. The Minister does not dispute that the protection of critical habitat under the SARA is compulsory. However, the Minister submits that Parliament intended that there should be some flexibility as to the modalities of that compulsory protection. The Minister states that he does not wish to retain discretion under the *Fisheries Act* to undermine that protection or to provide protection which is inferior to that afforded under a SARA protection order. Rather, the Minister submits that certain measures under the *Fisheries Act* do protect critical habitat against destruction, and that he

l’application des systèmes de réglementation de la LEP et de la *Loi sur les pêches*, son interprétation de leurs dispositions commande la retenue judiciaire. Il fonde cette thèse sur un arrêt assez récent de la Cour suprême du Canada : *Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190 (*Dunsmuir*). Cet arrêt insistait sur la retenue judiciaire dont doit faire l’objet la décision d’un tribunal administratif qui interprète une disposition de sa propre loi habilitante (ou « loi constitutive ») ou d’une autre loi étroitement liée à son mandat.

[6] À mon sens, le ministre n’a pas droit à la retenue judiciaire pour ce qui concerne l’interprétation des dispositions applicables de la LEP ou de la *Loi sur les pêches*. Le ministre présente une vue erronée des positions les plus récentes de la Cour suprême; en effet, il omet de tenir compte du contexte dans lequel elles ont été élaborées et des raisons qui peuvent justifier l’exercice de la retenue judiciaire à l’égard d’un tribunal administratif qui interprète sa loi habilitante. La norme du caractère raisonnable ne s’applique pas au contrôle judiciaire de l’interprétation d’une loi par un ministre chargé de son application, sauf disposition contraire du législateur. Je conclus donc — comme l’a fait le juge de la Cour fédérale dans la présente affaire — que quand la demande de contrôle judiciaire d’une décision concernant l’application de la LEP met en litige l’interprétation qu’a donnée le ministre d’une disposition de cette loi — ou de la *Loi sur les pêches* en tant qu’elle s’y rapporte —, ladite interprétation doit être contrôlée suivant la norme de la décision correcte. Les tribunaux judiciaires ne sont pas tenus à la déférence envers le ministre à cet égard.

[7] Le second moyen d’appel concerne l’interprétation de la LEP. Le ministre ne conteste pas le caractère obligatoire de la protection de l’habitat essentiel sous le régime de cette loi. Il soutient cependant qu’il entrait dans les intentions du législateur d’imprimer une certaine souplesse aux modalités de cette protection obligatoire. Le ministre affirme que, en cherchant à conserver le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *Loi sur les pêches*, il n’essaie pas de réduire cette protection obligatoire ni d’offrir une protection inférieure à celle qu’assurerait un arrêté de protection pris sous le régime de la LEP. Certaines mesures que prévoit

should therefore be able to resort to such measures as alternatives to a SARA protection order even though they might be subject to his discretion.

[8] I do not accept the Minister's interpretation of the SARA on this point. When Parliament adopted section 58 of the SARA, its intent was to provide for compulsory and non-discretionary legal protection from destruction for the identified critical habitat of listed endangered or threatened aquatic species. This protection can be achieved through a provision or measure under an Act of Parliament which legally protects from destruction of that habitat and which is not subject to dilution through discretionary ministerial action. In the absence of such a legally enforceable provision or measure, the Minister must make a protection order under subsections 58(1) and (4) of the SARA to ensure the protection of that habitat.

[9] While the Minister submits that, by retaining his discretion under the *Fisheries Act*, he does not intend to undermine the protection provided under the SARA or to provide protection that is inferior to that available under a SARA protection order, he fails to explain how his discretion under the *Fisheries Act* would be legally fettered. Parliament adopted section 58 of the SARA precisely to avoid the destruction of the identified critical habitat of listed endangered and threatened aquatic species through any means. If the Minister's position were accepted, the compulsory and non-discretionary protection scheme set out by Parliament under the SARA would be transformed into a protection scheme largely subject to ministerial discretion. Such was not Parliament's intent in adopting the SARA.

[10] However—and contrary to the conclusions of the Federal Court Judge in this case—there may be circumstances in which the Minister may rely on section 36 of the *Fisheries Act* (which I take to include regulations made under that section) in a protection statement made under paragraph 58(5)(b) of the SARA. Section 36 of

la *Loi sur les pêches*, fait-il valoir, protègent bel et bien l'habitat contre la destruction, de sorte que, malgré leur caractère discrétionnaire, il devrait lui être permis d'y avoir recours comme solutions de rechange à un arrêté de protection de la nature susdite.

[8] Je ne puis souscrire à l'interprétation que le ministre propose de la LEP sur ce point. L'intention du législateur, en adoptant l'article 58 de la LEP, était de prévoir une protection légale, obligatoire et non discrétionnaire pour l'habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées. Il est possible d'assurer une telle protection par une disposition d'une loi fédérale ou une mesure prise sous son régime qui protège légalement cet habitat contre la destruction et qui ne risque pas d'être édulcorée par l'exercice du pouvoir discrétionnaire ministériel. En l'absence d'une telle disposition ou mesure légalement contraignante, le ministre doit prendre, aux fins de la protection dudit habitat, un arrêté de protection sous le régime des paragraphes 58(1) et (4).

[9] Quand il affirme que, en cherchant à conserver le pouvoir discrétionnaire que lui confère la *Loi sur les pêches*, il n'essaie pas de réduire la protection prévue par la LEP ni d'offrir une protection inférieure à celle qu'assurerait un arrêté de protection pris sous le régime de cette dernière loi, le ministre omet d'expliquer comment ce pouvoir discrétionnaire serait légalement limité. Le législateur a adopté l'article 58 de la LEP précisément afin d'éviter la destruction par quelque cause que ce soit de l'habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées. Si l'on acceptait la thèse du ministre, le régime de protection obligatoire et non discrétionnaire inscrit par le législateur dans la LEP se transformerait en un système de protection largement tributaire du pouvoir discrétionnaire ministériel. Or telle n'était pas l'intention du législateur lorsqu'il a adopté la LEP.

[10] Cependant — et contrairement aux conclusions formulées par le juge de la Cour fédérale dans la présente affaire —, il peut se trouver des cas où le ministre aurait la faculté de citer l'article 36 de la *Loi sur les pêches* (auquel j'assimile ses dispositions réglementaires d'application) dans une déclaration de protection établie

the *Fisheries Act* prohibits the deposit of deleterious substances in water frequented by fish, unless such deposit is authorized under regulations adopted by the Governor in Council. In a given case, the combined operation of section 36 of the *Fisheries Act* and of its regulations may afford a particular endangered or threatened species the legal protection mandated by section 58 of the SARA. In such a case, it may be appropriate for the Minister to rely on those provisions for the purposes of paragraph 58(5)(b) of the SARA.

[11] However, in this case, the record contains no evidence as to the effect, if any, of section 36 and its regulations on the killer whale critical habitat at issue. Therefore, there was no basis in these proceedings upon which the Federal Court Judge could have determined whether the Minister's reliance on section 36 could have been justified in light of the provisions of section 58 of the SARA.

Overview of the provisions of the Species at Risk Act relevant to this appeal

[12] The SARA was assented to in 2002 as the first comprehensive federal legislation seeking (a) to prevent wildlife species from being extirpated or becoming extinct and (b) to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity. That legislation was adopted partly to meet Canada's obligations under the United Nations Convention on the Conservation of Biological Diversity [*Convention on Biological Diversity*, 5 June 1992, [1993] Can. T.S. No. 24]. Some of the relevant provisions of the SARA are reproduced in a schedule to these reasons.

[13] The SARA identifies different categories of species at risk and distinguishes between extirpated species, endangered species, threatened species and species of special concern. For the purposes of this appeal, we need only concern ourselves with the scheme pertaining to listed endangered and threatened aquatic species.

sous le régime de l'alinéa 58(5)b) de la LEP. L'article 36 de la *Loi sur les pêches* interdit d'immerger ou de rejeter des substances nocives dans des eaux où vivent des poissons, sauf autorisation en vertu de règlements pris par le gouverneur en conseil. Il peut ainsi se faire que l'action conjuguée de l'article 36 de la *Loi sur les pêches* et de ses dispositions réglementaires d'application assure à une espèce déterminée en voie de disparition ou menacée la protection légale prescrite par l'article 58 de la LEP. En pareil cas, il peut être permis au ministre de citer ces dispositions dans une déclaration de protection de la nature prévue à l'alinéa 58(5)b) de la LEP.

[11] Toutefois, le dossier de la présente affaire ne contient aucun élément de preuve concernant l'effet, le cas échéant, de l'article 36 et de sa réglementation d'application sur l'habitat essentiel des populations d'épaulards en question. Par conséquent, la présente espèce n'offrirait au juge de la Cour fédérale aucune base pour établir si le ministre aurait pu être fondé à citer l'article 36 dans le cadre des dispositions de l'article 58 de la LEP.

Récapitulation des dispositions pertinentes pour le présent appel de la Loi sur les espèces en péril

[12] La LEP, qui a reçu la sanction royale en 2002, est la première loi fédérale à visée globale ayant pour fins : a) de prévenir la disparition — de la planète ou du Canada seulement — des espèces sauvages, et b) de permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l'activité humaine, sont devenues des espèces disparues du pays, en voie de disparition ou menacées. Le Canada a adopté cette loi en partie afin de remplir les obligations découlant pour lui de la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique [*Convention sur la diversité biologique*, 5 juin 1992, [1993] R.T. Can. n° 24]. Certaines des dispositions pertinentes de la LEP sont reproduites en annexe aux présents motifs.

[13] La LEP classe les espèces en péril en quatre catégories, selon qu'elles sont disparues du pays, en voie de disparition, menacées ou préoccupantes. Cependant, le présent appel ne concerne que les dispositions applicables aux espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées.

[14] An endangered species is a wildlife species that is facing imminent extirpation or extinction, while a threatened species is a species that is likely to become an endangered species if nothing is done to reverse the factors leading to its extirpation or extinction. An aquatic species includes fish, shellfish, crustaceans, marine animals, and marine plants. It is not disputed that killer whales are an aquatic species for the purposes of the SARA: subsection 2(1) of the SARA concerning the definitions of “aquatic species”, “endangered species” and “threatened species”; section 2 of the *Fisheries Act* concerning the definition of “fish” [as am. by S.C. 1991, c. 1, s. 1].

[15] While the Minister of the Environment is responsible for the administration of the SARA, the appellant Minister is the competent minister under that statute with respect to aquatic species, including with regard to the preparation of recovery strategies, action plans and the protection of critical habitat for such species which are endangered or threatened: subsection 2(1) “competent minister” [as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 14] and “Minister”, subsections 8(1) and 37(1), section 47, and subsection 58(5) of the SARA.

[16] The SARA sets out a listing process to identify species at risk. An initial list (distinguishing between extirpated, endangered, and threatened species and species of special concern) is included in Schedule 1 of the SARA. Wildlife species may be added to, or removed from, this list—or reclassified within the list—by the Governor in Council taking into account the recommendations of an expert committee designated the Committee on the Status of Endangered Wildlife in Canada (COSEWIC) and after consultation with relevant stakeholders: section 27 of the SARA.

[17] The listing of an aquatic wildlife species as endangered or threatened extends important legal protections to that species. To kill, harm, harass, capture or take an individual of a listed endangered or threatened aquatic wildlife species is prohibited by subsection

[14] Une espèce en voie de disparition est une espèce sauvage qui, de façon imminente, risque de disparaître du pays ou de la planète, tandis qu’une espèce menacée est une espèce sauvage susceptible de devenir une espèce en voie de disparition si rien n’est fait pour contrer les facteurs menaçant de la faire disparaître. Une espèce aquatique est une espèce sauvage de poissons — sont assimilés aux poissons les mollusques, les crustacés et les autres animaux marins — ou de plantes marines. Il n’est pas contesté que l’épaulard forme une espèce aquatique pour l’application de la LEP: voir le paragraphe 2(1) de la LEP concernant les définitions des expressions « espèce aquatique », « espèce en voie de disparition » et « espèce menacée », ainsi que l’article 2 de la *Loi sur les pêches* en ce qui a trait à la définition du terme « poissons » [mod. par L.C. 1991, ch. 1, art. 1].

[15] S’il est vrai que le ministre de l’Environnement est chargé de l’application de la LEP, le ministre appelant est le ministre compétent, sous le régime de cette loi, pour ce qui concerne les espèces aquatiques, c’est-à-dire qu’il lui incombe d’assurer la protection, notamment par l’élaboration de programmes de rétablissement et de plans d’action, de l’habitat essentiel des espèces aquatiques en voie de disparition ou menacées : voir les définitions de « ministre compétent » [mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 14] et de « ministre » au paragraphe 2(1) de la LEP, ainsi que ses paragraphes 8(1), 37(1) et 58(5), et son article 47.

[16] La LEP prévoit un processus d’inscription pour les espèces en péril. On trouve une liste de départ de celles-ci (qui distingue les espèces disparues du pays, en voie de disparition, menacées et préoccupantes) à l’annexe 1 de la LEP. Le gouverneur en conseil peut modifier cette liste par adjonction, radiation ou reclassification, en tenant compte des recommandations d’un comité d’experts désigné « Comité sur la situation des espèces en péril au Canada » (le COSEPAC) et après consultation des intéressés : voir l’article 27 de la LEP.

[17] L’inscription d’une espèce sauvage aquatique comme espèce en voie de disparition ou menacée la fait bénéficier d’importantes mesures de protection légale. Le paragraphe 32(1) de la LEP interdit de tuer un individu d’une espèce sauvage aquatique inscrite comme



32(1) of the SARA. Possessing, collecting, buying, selling or trading an individual of such a species—or any part or derivative thereof—is prohibited by subsections 32(2) and (3). Furthermore, section 33 prohibits any person from damaging or destroying the residence or dwelling place (such as a den, nest or other similar area or place) of one or more individuals of such a species. Those who fail to respect these prohibitions are liable to large fines and to imprisonment: sections 97 and 98.

[18] The listing of an aquatic species in Schedule 1 of the SARA as endangered or threatened also requires the Minister to prepare a recovery strategy for that species within specified timelines: subsections 37(1) and 42(2) of the SARA. Such a recovery strategy must be prepared in cooperation with various stakeholders: section 39. If the Minister determines that the recovery of the endangered or threatened aquatic species is feasible, the recovery strategy must address the threats to the survival of the species identified by the COSEWIC, including any loss of habitat, and must include, *inter alia*, an identification of the species' critical habitat to the extent possible, based on the best available information, including information provided by COSEWIC, and examples of activities that are likely to result in its destruction: paragraph 41(1)(c).

[19] The proposed recovery strategy is then subject to public consultations. The Minister must consider any comments received, and make the changes he considers appropriate. Finally, the Minister must finalize the recovery strategy by including a copy in the public registry established for the purposes of the SARA: section 43. The Minister must also publicly report every five years on the implementation of the recovery strategy and the progress towards meeting its objectives: section 46.

[20] The Minister must prepare one or more action plans based on the recovery strategy, and such plans must

espèce en voie de disparition ou menacée, de lui nuire, de le harceler, de le capturer ou de le prendre. De même, les paragraphes 32(2) et (3) interdisent de posséder, de collectionner, d'acheter, de vendre ou d'échanger un individu — y compris une partie de celui-ci ou un produit qui en provient — d'une telle espèce. En outre, le paragraphe 33 interdit d'endommager ou de détruire la résidence ou le gîte (terrier, nid, ou autre aire ou lieu semblable) d'un ou de plusieurs individus d'une espèce de la nature susdite. Les contrevenants à ces interdictions encourent de lourdes amendes et des peines d'emprisonnement : voir les articles 97 et 98.

[18] L'inscription d'une espèce aquatique comme espèce en voie de disparition ou menacée à l'annexe 1 de la LEP a aussi pour effet d'obliger le ministre à élaborer dans un délai déterminé un programme de rétablissement de cette espèce : voir les paragraphes 37(1) et 42(2) de la LEP. Il doit élaborer un tel programme de rétablissement en collaboration avec divers intéressés : voir l'article 39. Si le ministre conclut que le rétablissement de l'espèce aquatique en voie de disparition ou menacée est réalisable, le programme de rétablissement doit traiter des menaces à sa survie — y compris de toute perte de son habitat — précisées par le COSEPAC, et doit comporter entre autres la désignation de l'habitat essentiel de cette espèce dans la mesure du possible, en se fondant sur la meilleure information accessible, notamment les informations fournies par le COSEPAC, ainsi que des exemples d'activités susceptibles d'entraîner la destruction dudit habitat : voir l'alinéa 41(1)c).

[19] Le projet de programme de rétablissement fait ensuite l'objet d'une consultation publique. Le ministre étudie les observations qui lui sont présentées et apporte au projet les modifications qu'il estime indiquées. Enfin, il met le texte définitif du programme de rétablissement dans le registre public établi pour l'application de la LEP : voir l'article 43. Le ministre est également tenu d'établir, à intervalles de cinq ans, un rapport public sur la mise en œuvre du programme de rétablissement et sur les progrès réalisés dans la poursuite des objectifs qu'il expose : voir l'article 46.

[20] Le ministre doit élaborer un ou plusieurs plans d'action sur le fondement du programme de rétablissement.

include, *inter alia*: an identification of the aquatic species critical habitat and examples of activities which are likely to result in its destruction; a statement of measures which are proposed to be taken to protect the species critical habitat; an identification of any portions of the species critical habitat that have not been protected; and a statement of the measures that are to be taken to implement the recovery strategy: section 47 and paragraphs 49(1)(a), (b), (c) and (d).

[21] A final recovery strategy for a listed endangered or threatened aquatic species has important legal consequences under the SARA since the entire critical habitat identified in the recovery strategy must be protected: section 57 and subsections 58(1) to (5) of the SARA. This protection is achieved either:

(a) through provisions in or measures under the SARA or any other Act of Parliament; in such case, the Minister must identify how the critical habitat is legally protected in a protection statement made pursuant to paragraph 58(5)(b); or

(b) through a protection order made by the Minister under subsections 58(1) and (4) in respect of the critical habitat or portion of the critical habitat specified in the order.

[22] Since many endangered and threatened species are not aquatic species or migratory bird species falling under primary federal jurisdiction, the SARA provides that federal action to prohibit the destruction of the critical habitat of most species must be exercised in close collaboration with provincial and territorial authorities. Consequently, different provisions of the SARA govern the protection of the critical habitat of these other species on lands which are not federal lands: sections 60 and 61 of the SARA. It is not however necessary to examine these other provisions of the SARA for the purposes of this appeal, and nothing in these reasons should be understood as pertaining to them.

Un tel plan d'action comporte notamment : la désignation de l'habitat essentiel de l'espèce aquatique et des exemples d'activités susceptibles d'entraîner sa destruction; un exposé des mesures envisagées pour protéger cet habitat; la désignation de toute partie dudit habitat qui n'est pas protégée; et un exposé des mesures à prendre pour mettre en œuvre le programme de rétablissement : voir l'article 47, et les alinéas 49(1)a), b), c) et d).

[21] L'état définitif du programme de rétablissement d'une espèce aquatique inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée a d'importantes conséquences juridiques sous le régime de la LEP, puisque la totalité de l'habitat essentiel qui y est défini doit être protégée : voir l'article 57 et les paragraphes 58(1) à (5) de la LEP. Cette protection est assurée de l'une ou l'autre des manières suivantes :

a) par des dispositions de la LEP ou de toute autre loi fédérale, ou des mesures prises sous leur régime, auquel cas le ministre doit expliquer comment l'habitat essentiel est protégé légalement dans une déclaration de protection établie en application de l'alinéa 58(5)b);

b) par un arrêté de protection que prend le ministre en application des paragraphes 58(1) et (4), où il définit l'habitat essentiel ou la partie de ce dernier qui y est visé.

[22] Comme de nombreuses espèces en voie de disparition ou menacées ne sont pas des espèces aquatiques ou des oiseaux migrateurs et ne relèvent donc pas principalement de la compétence fédérale, la LEP dispose que l'action fédérale en vue d'empêcher la destruction de l'habitat essentiel de la plupart des espèces doit s'exercer en étroite collaboration avec les autorités provinciales et territoriales. Par conséquent, des dispositions distinctes de la LEP régissent la protection de l'habitat essentiel de ces autres espèces vivant ailleurs que sur le territoire domanial : voir les articles 60 et 61 de la LEP. Il n'est cependant pas nécessaire d'examiner ces autres dispositions de la LEP pour les besoins du présent appel, et aucun élément des présents motifs ne doit s'interpréter comme s'y rapportant.

[23] The Minister may also use his permitting and licensing authorities under the SARA or under another Act of Parliament to protect listed wildlife species, their critical habitat or their residences or dwelling places: sections 73 [as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 23], 74 and 75 of the SARA.

[24] The prohibitions under the SARA preventing the harvesting and trading in endangered or threatened aquatic species, the destruction of their dwelling places and the destruction of their critical habitat do not apply to activities related to public safety, health or national security that are authorized by, or under, an Act of Parliament: subsections 83(1) to (4) of the SARA.

#### *Background to these proceedings*

[25] Killer whales are the largest members of the dolphin family. They are long-lived animals with no natural predators. They are found in all three of Canada's oceans, as well as occasionally in Hudson Bay and the Gulf of St. Lawrence. In British Columbia, they have been recorded in almost all saltwater areas. Three distinct forms of killer whale inhabit Canadian Pacific waters: transient, offshore and resident. These forms are sympatric but socially isolated and differ in their dietary preferences, genetics, morphology and behaviour.

[26] Resident killer whales are the best understood. Their social organization is highly structured and their fundamental unit is matrilineal, comprising all surviving members of a female lineage. A typical matrilineal unit comprises an adult female, her offspring, and the offspring of her daughters. Both sexes remain within their natal matrilineal unit.

[27] There are two communities of resident killer whales in British Columbia: the northern resident population and the southern resident population. These resident killer whale populations are considered at risk because of their small population size, low reproductive

[23] Le ministre peut aussi utiliser les pouvoirs de délivrance de permis et de licences que lui confère la LEP ou une autre loi fédérale pour protéger les espèces sauvages inscrites, leurs habitats essentiels ou leurs résidences ou gîtes : voir les articles 73 [mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 23], 74 et 75 de la LEP.

[24] Les dispositions de la LEP interdisant la capture et le commerce des espèces aquatiques en voie de disparition ou menacées, ainsi que la destruction de leurs gîtes et de leurs habitats essentiels, ne s'appliquent pas aux activités liées à la sécurité ou à la santé publiques, ou à la sécurité nationale, autorisées sous le régime de toute autre loi fédérale : voir les paragraphes 83(1) à (4) de la LEP.

#### *Contexte de l'instance*

[25] L'épaulard est le plus grand membre de la famille des dauphins. Doté d'une grande longévité, il est sans prédateur naturel. On trouve des épaulards dans les trois océans qui baignent le Canada ainsi que, à l'occasion, dans la baie d'Hudson et le golfe du Saint-Laurent. En Colombie-Britannique, la présence de l'espèce a été notée dans presque toutes les zones d'eau salée. Trois formes distinctes d'épaulards (ou écotypes) vivent dans les eaux canadiennes du Pacifique : les épaulards migrateurs, hauturiers et résidents. Ces écotypes sont sympatriques, mais isolés socialement. De plus, ils présentent des différences génétiques, morphologiques, comportementales et alimentaires.

[26] Les épaulards résidents représentent l'écotype le mieux connu des trois. Leur organisation sociale est très structurée et leur unité fondamentale est la lignée maternelle, qui comprend tous les survivants d'une lignée femelle. Une lignée maternelle type est composée d'une femelle adulte, de sa progéniture et de celle de ses filles. Les deux sexes demeurent au sein de leur lignée maternelle leur vie durant.

[27] En Colombie-Britannique, les épaulards résidents font partie de deux communautés : la population du nord et la population du sud. Ces populations d'épaulards résidents sont considérées à risque en raison de leur faible effectif, de leur faible taux de reproduction et des

rate, and the existence of a variety of man-made threats that have the potential to prevent recovery or to cause further declines. Principal among these threats are environmental contamination, reductions in the availability and quantity of prey, and both physical and acoustic disturbance. In 2003, the southern resident killer whale population counted 85 members, while the northern resident population counted 205 members.

[28] In 2001, COSEWIC designated the southern population as endangered, and the northern population as threatened. These populations were listed accordingly in Schedule 1 of the SARA when that statute was adopted by Parliament. Consequently, under subsections 37(1) and 42(2) of the SARA, the Minister was required to prepare a recovery strategy for these killer whale populations within specified timelines. For this purpose, a Resident Killer Whale Recovery Team (the Recovery Team) comprising independent and government experts was convened in 2004.

[29] Following extensive study and review, a final draft recovery strategy was completed in May of 2006 for submission to the Minister. The manner in which critical habitat was described in this draft led to disputes between the Recovery Team and officials from the Department of Fisheries and Oceans. These disputes delayed the posting and approval of the recovery strategy, which was only included in the public registry established under the SARA in March of 2008 [*Recovery Strategy for the Northern and Southern Resident Killer Whales (Orcinus orca) in Canada*].

[30] Pursuant to subsection 58(5) of the SARA, the inclusion of the recovery strategy in the public registry required the Minister to ensure that the critical habitat identified in that strategy be protected within 180 days. That protection could be achieved either through a protection order made by the Minister under subsections 58(1) and (4) or through a statement by the Minister setting out how the critical habitat or portions of it, as the case may be, would be legally protected under an Act of Parliament. The Minister did not make a protection order under the SARA. Rather, he included in the public registry a statement setting out how the critical habitat

diverses menaces anthropiques susceptibles d'empêcher le rétablissement ou de causer d'autres déclin de l'espèce. Au nombre des principales menaces figurent les contaminants environnementaux, la disponibilité et la quantité réduites des proies, et les perturbations physiques et acoustiques. En 2003, la population des épaulards résidents du sud comptait 85 membres, tandis que la population du nord en comptait 205.

[28] En 2001, le COSEPAC a désigné la population du sud au titre de population « en voie de disparition », et la population du nord au titre de population « menacée ». Les deux populations ont été inscrites à l'annexe 1 de la LEP dès que cette loi a été adoptée par le Parlement. Ainsi, en vertu des paragraphes 37(1) et 42(2) de la LEP, le ministre était tenu d'élaborer un programme de rétablissement de ces populations d'épaulards, dans les délais prescrits. À cette fin, une équipe de rétablissement des épaulards résidents (l'équipe de rétablissement) composée d'experts indépendants et gouvernementaux a été formée en 2004.

[29] Après une étude approfondie, on a achevé en mai 2006 un projet de programme de rétablissement pour présentation au ministre. La manière dont l'habitat essentiel était défini dans ce projet a suscité des différends entre l'équipe de rétablissement et les fonctionnaires du ministère des Pêches et des Océans. Ces différends ont retardé la publication et l'approbation du programme de rétablissement, qui n'a été mis qu'en mars 2008 dans le registre public établi en application de la LEP [*Programme de rétablissement des épaulards résidents (Orcinus orca) du nord et du sud au Canada*].

[30] Selon le paragraphe 58(5) de la LEP, la mise du programme de rétablissement dans le registre obligeait le ministre à assurer dans les 180 jours la protection de l'habitat essentiel qui y était défini. Il pouvait le faire soit en prenant un arrêté de protection sous le régime des paragraphes 58(1) et (4), soit en établissant une déclaration énonçant comment l'habitat essentiel ou la partie en cause de celui-ci étaient protégés légalement par des dispositions d'une loi fédérale. Le ministre n'a pas pris d'arrêté sous le régime de la LEP; il a plutôt mis dans le registre une déclaration énonçant comment l'habitat essentiel des populations d'épaulards en question était

of the concerned killer whale populations was legally protected (the Killer Whales Protection Statement) [Northern and Southern Resident Killer Whales (*Orcinus orca*) in Canada: Critical Habitat Protection Statement].

[31] The Killer Whales Protection Statement restricted the concept of critical habitat for the purposes of the SARA to geophysical attributes. Consequently, the Killer Whales Protection Statement identified three types of human activity which could potentially destroy the geophysical attributes of the critical habitat of the concerned killer whale populations in the identified areas. It further identified various legislative provisions, including section 35 of the *Fisheries Act* and subsection 22(1) [as am. by SOR/93-133, s. 4] of the *Fishery (General) Regulations*, SOR/93-53 which were deemed to ensure the protection of these geophysical attributes. The pertinent paragraphs of the Killer Whales Protection Statement read as follows:

Human activities which could potentially destroy the geophysical attributes of critical habitat for these species, as identified in the Final Recovery Strategy, and the federal legislations, regulations and/or policies which would be used to provide protection against such destruction are:

- Industrial activities such as construction, drilling, pile driving, pipe-laying, and dredging, and construction of physical structures such as wharves and net pens for aquaculture
  - Protected under provisions of the *Fisheries Act* s. 35 and the *Canadian Environmental Protection Act, 1999* (Part 7, Division 3). This protection is supported by processes under the *Canadian Environmental Assessment Act*.
- Fishing vessels using gear that drags along the bottom
  - Protected through provisions of the *Fisheries Act* or regulations made thereunder, in particular s. 22(1) of the *Fishery (General) Regulations*. This protection is supported by processes under the Fisheries and Oceans Canada policy on Managing the Impacts of Fishing on Sensitive Benthic Areas.

selon lui protégé légalement (la déclaration de protection visant les épaulards) [Épaulards (*Orcinus orca*) résidents du nord et du sud du Canada : Énoncé sur la protection de l'habitat critique].

[31] Aux fins de la LEP, la déclaration de protection visant les épaulards limitait le concept d'habitat essentiel à des caractéristiques géophysiques. Cette déclaration désignait donc trois types d'activités humaines susceptibles de détruire les caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel des populations d'épaulards concernées vivant dans les secteurs ciblés. Elle mentionnait en outre diverses dispositions législatives, y compris l'article 35 de la *Loi sur les pêches* et le paragraphe 22(1) [mod. par DORS/93-133, art. 4] du *Règlement de pêche (dispositions générales)*, DORS/93-53, censées garantir la protection de ces caractéristiques géophysiques. Les paragraphes pertinents de la déclaration de protection visant les épaulards se lisent comme suit :

Voici quelles sont les activités humaines capables de détruire les attributs physiques de l'habitat critique de ces espèces, telles qu'on les identifie dans la stratégie de rétablissement finale, ainsi que les lois, règlements et/ou politiques du fédéral qu'on invoquerait pour assurer la protection contre une telle destruction :

- Les activités industrielles, comme la construction, le battage de pieux et le dragage, ainsi que la construction de structures physiques, comme les quais et des parcs en filets destinés à l'aquaculture :
  - Protection assurée en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les pêches* et la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999* (partie 7, division 3). Les processus décrits dans la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale* contribuent également à cette protection.
- Navires de pêche qui font appel à des engins qu'ils traînent sur le fond marin :
  - Protection assurée en vertu des dispositions de la *Loi sur les pêches* ou des règlements adoptés dans le cadre de cette loi, en particulier l'art. 22(1) du *Règlement de pêche (dispositions générales)*. Les processus décrits dans la politique de Pêches et Océans Canada sur la gestion des répercussions de la pêche sur les zones benthique sensible[s] contribuent également à cette protection.

- Use of vessel anchors which may permanently damage the seabed, or which may serve to destroy a rubbing beach
  - Protected through provisions of the *Fisheries Act* s. 35, or of the *Oceans Act* s. 35 and/or s. 36. In addition, a Code of Conduct and outreach initiatives to inform and sensitise Canadians to the need to protect Resident Killer Whale habitat will continue to be developed and implemented.
- L'utilisation d'ancre qui peuvent endommager en permanence le fond marin ou qui peuvent servir à détruire une plage.
  - Protection assurée en vertu de l'*art. 35 de la Loi sur les pêches* ou des règlements adoptés dans le cadre de celle-ci. Par ailleurs, un code de conduite et des initiatives de sensibilisation pour informer les canadiens au besoin de protéger l'habitat des épaulards résidents continueront d'être développés et mis en œuvre.

[32] The difficulty in defining critical habitat in terms of geophysical attributes was that some of the most important elements of the critical habitat which had been identified in the recovery strategy were left without protection. The recovery strategy had indeed identified acoustic degradation, chemical and biological contamination and diminished prey availability as key components of the critical habitat of killer whales. Yet the Killer Whales Protection Statement did not consider these components as part of “critical habitat” for the purposes of protection under the SARA. Rather, the Killer Whales Protection Statement treated these components as “ecosystem features” to be dealt with through “legislative and policy tools”, and not under the SARA. The Killer Whales Protection Statement thus treated these components as follows:

While the Recovery Strategy identifies the critical habitat as a defined geophysical area, Fisheries and Oceans Canada (DFO) recognizes that other ecosystem features such as the availability of prey for foraging and the quality of the environment are important to the survival and recovery of Northern and Southern Resident Killer Whales. A variety of legislative and policy tools are available to manage and mitigate threats to these functions of the Resident Killer Whale critical habitat, to individuals and to populations.

- Disturbance
  - Threat management and mitigation is afforded under the Marine Mammal Regulations and the Whale Watching Guidelines developed cooperatively by industry and DFO.
- Degradation of the Acoustic Environment

[32] La difficulté liée à la définition de l'habitat essentiel de l'épaulard sous l'angle de ses caractéristiques géophysiques tenait à ce que certains des éléments les plus importants de l'habitat essentiel, désignés tels dans le programme de rétablissement, étaient laissés sans protection. En effet, le programme de rétablissement avait désigné les perturbations acoustiques, la contamination chimique et biologique, et la disponibilité réduite des proies au titre d'éléments clés de l'habitat essentiel des épaulards. Or, la déclaration de protection visant les épaulards n'englobait pas ces éléments dans l'« habitat essentiel » aux fins de la protection à assurer en vertu de la LEP. La déclaration traitait plutôt ces éléments comme des « éléments de l'écosystème » devant être protégés par des « lois et politiques », plutôt qu'en vertu de la LEP. La déclaration de protection visant les épaulards traitait ces éléments comme suit :

Alors qu'on définit l'habitat critique, dans la stratégie de rétablissement, comme une zone géophysique définie, Pêches et Océans Canada (MPO) reconnaît que d'autres caractéristiques des écosystèmes, comme l'existence de proies et la qualité de l'environnement sont des facteurs importants pour la survie et le rétablissement des épaulards vivant dans le nord et dans le sud. On dispose ainsi de divers outils législatifs et politiques pour gérer et atténuer les menaces

- Perturbation
  - La gestion et l'atténuation des menaces sont rendues possibles en vertu du Règlement sur les mammifères marins, ainsi que des directives sur l'observation des baleines que l'industrie et le MPO ont élaborées en collaboration.
- Détérioration de l'environnement acoustique

- |   |  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Threat management and mitigation is afforded under the Marine Mammal Regulations, the Statement of Practice with Respect to the Mitigation of Seismic Sound in the Marine Environment, and protocols for military sonar use.</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Marine Environmental Quality           <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Threat management and mitigation is afforded under provisions of the <i>Fisheries Act</i>, or regulations made thereunder, and the <i>Canadian Environmental Protection Act, 1999</i> or regulations made thereunder.</li> </ul> </li> <li>• Availability of Prey           <ul style="list-style-type: none"> <li>○ Threat management and mitigation is afforded under the <i>Fisheries Act</i> or regulations made thereunder, supported by the Wild Salmon Policy and use of Integrated Fisheries Management Plans.</li> </ul> </li> </ul> | <ul style="list-style-type: none"> <li>○ La gestion et l'atténuation des menaces sont rendues possibles en vertu du Règlement sur les mammifères marins, de l'énoncé des pratiques d'atténuation des bruits sismiques dans l'environnement marin, ainsi que des protocoles d'utilisation d'un sonar à des fins militaires.</li> </ul> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Qualité du milieu marin           <ul style="list-style-type: none"> <li>○ La gestion et l'atténuation des menaces sont rendues possibles en vertu des dispositions de la <i>Loi sur les pêches</i> ou des règlements adoptés dans le cadre de celle-ci, ainsi qu'en vertu de la <i>Loi canadienne sur la protection de l'environnement, 1999</i> ou des règlements adoptés dans le cadre de celle-ci.</li> </ul> </li> <li>• Disponibilité des proies           <ul style="list-style-type: none"> <li>○ La gestion et l'atténuation des menaces sont rendues possible en vertu de la Loi sur les pêches ou des règlements adoptés dans le cadre de celle-ci, avec l'appui de la Politique sur le saumon sauvage et grâce à la mise en œuvre de Plans intégrés de gestion des pêches.</li> </ul> </li> </ul> |
|---|--|

### History of the litigation

[33] The respondents in this appeal challenged the lawfulness of the Killer Whales Protection Statement by initiating a judicial review application before the Federal Court in October of 2008, wherein they asked that Court to make various declarations, set aside the Killer Whales Protection Statement, and refer the matter back to the Minister for a new decision under section 58 of the SARA.

[34] In their application, the respondents argued that the critical habitat of the concerned killer whale populations included not only the geophysical elements of that habitat, but also all the other components identified in the recovery strategy. They further argued that, in a protection statement, the Minister could not resort to non-binding policy, prospective legislation or ministerial discretion.

[35] Before this judicial review application could be heard, the Minister reversed himself. Both he and the Minister of the Environment jointly issued a protection

### Chronologie du litige

[33] Les intimés au présent appel ont contesté la légalité de la déclaration de protection visant les épaulards en formant devant la Cour fédérale, en octobre 2008, une demande de contrôle judiciaire tendant à obtenir diverses conclusions déclaratoires, l'annulation de ladite déclaration et le renvoi de l'affaire devant le ministre pour une nouvelle décision sous le régime de l'article 58 de la LEP.

[34] Les intimés soutenaient dans leur demande que l'habitat essentiel des populations d'épaulards en question comprenait non seulement les caractéristiques géophysiques de la zone définie, mais aussi tous les autres éléments recensés dans le programme de rétablissement. Ils faisaient en outre valoir qu'il n'est pas permis au ministre d'invoquer, dans le cadre d'une déclaration de protection, des politiques non exécutoires, ni des dispositions légales futures, ni son pouvoir discrétionnaire.

[35] Cependant, avant l'instruction de cette demande de contrôle judiciaire, le ministre a fait volte-face. Il a pris conjointement avec le ministre de l'Environnement,

order under subsections 58(1) and (4) of the SARA, which order was registered on February 19, 2009 as the *Critical Habitats of the Northeast Pacific Northern and Southern Resident Populations of the Killer Whale (Orcinus orca) Order*, SOR/2009-68 (the Killer Whales Protection Order). Maps identifying the critical habitat areas contemplated by that order are attached in a schedule to these reasons. These are the same critical habitat areas as identified in the recovery strategy.

[36] Soon after this Order was published, the respondents in this appeal sought clarification as to the scope and meaning of the Order. In response, the Minister (a) asserted that the Killer Whales Protection Order was an optional alternative to the Killer Whales Protection Statement; (b) further asserted that policy and discretionary tools could be resorted to; and (c) did not give assurances to confirm that the Killer Whales Protection Order protected the biological features of critical habitat from destruction: reasons, at paragraph 44.

[37] The respondents in this appeal were unsatisfied and consequently filed a second judicial review application before the Federal Court. This second application challenged the practice of limiting the scope of a protection order made under subsections 58(1) and (4) of the SARA to geospatial areas and geophysical elements of critical habitat.

[38] Both judicial review applications were consolidated before the Federal Court after O'Reilly J. rejected the Minister's motion to dismiss as moot the judicial review application challenging the Killer Whales Protection Statement. O'Reilly J. was satisfied that in light of the Killer Whales Protection Order, the application for judicial review challenging the Killer Whales Protection Statement was moot. However, he was also of the view that there was a serious issue as to whether that judicial review application should nevertheless be heard in the exercise of the Federal Court's discretion in such circumstances; a discretion which, he opined, would be better exercised by the judge hearing both applications on the merits.

sous le régime des paragraphes 58(1) et (4) de la LEP, un arrêté qui a été enregistré le 19 février 2009 sous l'intitulé *Arrêté visant les habitats essentiels des populations de l'épaulard (Orcinus orca) résidentes du sud et du nord du Pacifique Nord-Est*, DORS/2009-68 (l'Arrêté de protection de l'épaulard). On trouvera en annexe des cartes représentant les aires d'habitat essentiel que vise cet arrêté et qui sont les mêmes que celles définies dans le programme de rétablissement.

[36] Peu après la publication de cet arrêté, les intimés au présent appel ont demandé des éclaircissements sur sa portée et sa signification. Le ministre leur a répondu : a) en affirmant que l'Arrêté de protection de l'épaulard était une solution de rechange facultative à la déclaration de protection visant les épaulards; b) en soutenant qu'il lui était permis de recourir à des outils discrétionnaires et de politique générale; et c) en refusant de confirmer que l'Arrêté de protection de l'épaulard protégeait contre la destruction les caractéristiques biologiques de l'habitat essentiel : voir les motifs, au paragraphe 44.

[37] Cette réponse n'a pas satisfait les intimés, qui ont en conséquence formé une seconde demande de contrôle judiciaire devant la Cour fédérale. Cette seconde demande contestait la pratique consistant à limiter l'application de l'arrêté de protection pris sous le régime des paragraphes 58(1) et (4) de la LEP à des zones géospatiales et à des caractéristiques géophysiques de l'habitat essentiel.

[38] Les deux demandes de contrôle judiciaire ont été réunies devant la Cour fédérale après que le juge O'Reilly eut rejeté la requête du ministre tendant à faire écarter au motif de son caractère théorique la demande contestant la déclaration de protection visant les épaulards. Le juge O'Reilly a admis que, étant donné la prise de l'Arrêté de protection de l'épaulard, la demande de contrôle judiciaire contestant la déclaration de protection visant les épaulards n'avait plus qu'un caractère théorique. Cependant, il estimait aussi que se posait la question sérieuse de savoir si la Cour fédérale ne devrait pas néanmoins instruire cette demande en vertu du pouvoir discrétionnaire dont elle dispose dans ce cas, pouvoir que, a-t-il expliqué, elle pourrait mieux exercer en examinant les deux demandes sur le fond.



The reasons and judgment of the Federal Court

[39] The Federal Court Judge hearing both applications on their merits granted most of the declarations sought and provided detailed reasons in support thereof.

[40] Turning his attention to the standard of review, the Federal Court Judge found that since the issues raised were essentially questions of statutory interpretation, the correctness standard applied.

[41] As to the scope of “critical habitat” under the SARA, the Federal Court Judge concluded that the issue had been conclusively decided by Campbell J. of the Federal Court in *Environmental Defence Canada v. Canada (Fisheries and Oceans)*, 2009 FC 878, 45 C.E.L.R. (3d) 161 (*Environmental Defence*).

[42] The issue in *Environmental Defence* mainly concerned the scope of the expression “critical habitat” for the purposes of inclusion in a recovery strategy under paragraphs 41(1)(c) and (c.1) of the SARA. The applicants in *Environmental Defence* submitted that the constituents of habitat—and by implication of critical habitat—for specified species “are an identifiable location and the attributes of that location”: *Environmental Defence*, at paragraph 46. Campbell J. agreed, and ruled that for the purposes of the SARA, the word “areas” in the definition of “habitat” set out in the SARA did not just connote a location, “but a location that includes its special identifiable features”: *Environmental Defence*, at paragraph 58. The order of Campbell J. in *Environmental Defence* was not appealed from by the Minister, who now accepts that both the location and the components of critical habitat are contemplated by the SARA.

Les motifs et le dispositif de la décision de la Cour fédérale

[39] Le juge de la Cour fédérale, après instruction des deux demandes sur le fond, a prononcé la plupart des conclusions déclaratoires demandées et a donné un exposé détaillé des motifs y afférents.

[40] Pour ce qui concerne la norme de contrôle, le juge de la Cour fédérale a conclu que, comme les points en litige étaient pour l’essentiel des questions d’interprétation législative, la norme applicable était celle de la décision correcte.

[41] Touchant la portée de l’expression « habitat essentiel » pour l’application de la LEP, le juge de la Cour fédérale a conclu que le juge Campbell, de la même Cour, avait décidé cette question de manière concluante dans la décision *Environmental Defence Canada c. Canada (Pêches et Océans)*, 2009 CF 878 (*Environmental Defence*).

[42] La principale question en litige dans la décision *Environmental Defence* était celle de la portée de l’expression « habitat essentiel » aux fins de la désignation d’un tel habitat dans un programme de rétablissement en application des alinéas 41(1)c) et c.1) de la LEP. Les demandeurs, dans cette affaire, soutenaient que les éléments constitutifs de l’habitat — et par voie de conséquence de l’habitat essentiel — d’une espèce déterminée « sont un emplacement qu’il est possible de déterminer et les caractéristiques de cet emplacement » : voir *Environmental Defence*, au paragraphe 46. Le juge Campbell a accueilli ce moyen et statué que, pour l’application de la LEP, le terme « aires » employé dans la définition qu’elle donne du terme « habitat » ne désigne « pas seulement [un] emplacement, mais [un] emplacement qui comporte ses caractéristiques pouvant être précisées »; voir *Environmental Defence*, au paragraphe 58. Le ministre n’a pas interjeté appel contre l’ordonnance rendue par le juge Campbell dans cette affaire et admet maintenant que la LEP vise non seulement le lieu de l’habitat essentiel, mais aussi ses caractéristiques ou éléments.

[43] Since, in this case, the recovery strategy identified reduced availability of prey, environmental contaminants and physical and acoustic disturbance as components of the critical habitat of the concerned killer whale populations, the Federal Court Judge found that the Killer Whales Protection Order had to apply to all these components: reasons, at paragraphs 163–164 and 337–339. Moreover, in light of *Environmental Defence*, the Minister had in fact conceded this point before the Federal Court Judge: reasons, at paragraphs 159 and 163. By necessary implication, the Killer Whales Protection Statement was also flawed since it did not include these elements as critical habitat: reasons, at paragraphs 337–339.

[44] The Federal Court Judge then went on to reject the Minister’s contention that the declarations sought in regard to the Killer Whales Protection Order were beyond the jurisdiction of the Federal Court. The Minister had indeed submitted that the Killer Whales Protection Order was not a “decision” subject to judicial review; he argued that the order was rather a “regulation” within the meaning of the *Statutory Instruments Act*, R.S.C., 1985, c. S-22 [s. 2(1)], and that it was thus immune from judicial review. The Federal Court Judge was not persuaded, ruling instead that Parliament had not shielded decisions under subsection 58(5) of the SARA from judicial review through the use of a privative clause or otherwise. In his view, the SARA was clearly a justiciable statute that imposed duties on the Minister, and whose actions under that statute were subject to review before the Federal Court: reasons, at paragraphs 183–184.

[45] The Federal Court Judge also decided to hear the application concerning the Killer Whales Protection Statement even if the Killer Whales Protection Order had made that application moot. Applying the factors established in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, the Federal Court Judge concluded that, in view of the fundamental points of law raised by the proceedings, a quite live controversy between the parties did remain: reasons, at paragraphs 242–245. He

[43] Comme, dans la présente espèce, le programme de rétablissement définissait la réduction de la disponibilité de proies, la contamination toxique, ainsi que les perturbations physiques et acoustiques, comme des éléments de l’habitat essentiel des populations d’épaulards en question, le juge de la Cour fédérale a conclu que l’Arrêté de protection de l’épaulard devait s’appliquer à tous ces éléments : voir les motifs, aux paragraphes 163, 164 et 337 à 339. Qui plus est, le ministre avait en fait concédé ce point devant lui, par suite de la décision *Environmental Defence* : voir les motifs, aux paragraphes 159 et 163. Par voie de conséquence nécessaire, la déclaration de protection visant les épaulards était défectueuse aussi puisqu’elle excluait ces éléments de la définition de l’habitat essentiel : voir les motifs, aux paragraphes 337 à 339.

[44] Le juge de la Cour fédérale a ensuite rejeté l’argument du ministre selon lequel les conclusions déclaratoires demandées au sujet de l’Arrêté de protection de l’épaulard outrepassaient la compétence de la Cour fédérale. Le ministre soutenait en effet que l’Arrêté de protection de l’épaulard n’était pas une « décision » susceptible de contrôle judiciaire, mais plutôt un « règlement » au sens de la *Loi sur les textes réglementaires*, L.R.C. (1985), ch. S-22 [art. 2(1)], échappant à ce titre au contrôle judiciaire. Cet argument n’a pas convaincu le juge de la Cour fédérale, qui a conclu que le législateur n’avait pas mis à l’abri du contrôle judiciaire les décisions prises sous le régime du paragraphe 58(5) de la LEP, que ce soit par une clause privative ou par un autre moyen. Selon lui, la LEP ouvrait manifestement droit au recours judiciaire et fixait des obligations au ministre, dont les mesures prises en vertu de cette loi étaient assujetties au contrôle de la Cour fédérale : voir les motifs, aux paragraphes 183 et 184.

[45] Le juge de la Cour fédérale a aussi décidé d’instruire la demande concernant la déclaration de protection visant les épaulards en dépit du fait que la prise de l’Arrêté de protection de l’épaulard lui eût enlevé sa portée pratique. Appliquant les critères formulés dans l’arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, il a conclu que, étant donné les questions de droit fondamentales que soulevait l’instance, il restait bel et bien un litige actuel entre les parties : voir les

also concluded that these points were of general importance for the interpretation and application of the SARA: reasons, at paragraphs 250–251.

[46] The Federal Court Judge then ruled that a competent minister may not resort to another federal statute as a substitute for a protection order unless that statute provides an equal level of legal protection for critical habitat as would be engaged through a protection order: reasons, at paragraphs 257 and 272. The Federal Court Judge made that ruling on the basis of a purposive reading of the pertinent provisions of the SARA; he concluded that Parliament had sought to limit ministerial discretion where the protection of critical habitat of endangered and threatened species was at issue: reasons, at paragraphs 277–280.

[47] The Federal Court Judge then went on to conclude that the *Fisheries Act*, and the regulations adopted under that statute, could not be used as a substitute for a protection order. His conclusion was based on the highly discretionary nature of the broad powers afforded to the Minister under the scheme of the *Fisheries Act*, including a broad discretion to authorize the destruction of fish habitat under subsection 35(2) and to attach conditions to a fishing licence under section 22 of the *Fishery (General) Regulations*: reasons, at paragraphs 320–321.

[48] The Federal Court Judge also discarded section 36 of the *Fisheries Act*—which prohibits the deposit of a deleterious substance into waters frequented by fish—on the basis that such deposits may nevertheless be authorized through regulations adopted “at Cabinet’s discretion”: reasons, at paragraph 325.

[49] The Federal Court Judge then went on to make 11 declarations of law. These declarations read as follows:

1. With respect to the Protection Statement application:

motifs, aux paragraphes 242 à 245. Il a également conclu que ces questions étaient d’importance générale pour l’interprétation et l’application de la LEP : voir les motifs, aux paragraphes 250 et 251.

[46] Le juge de la Cour fédérale a ensuite statué qu’il n’est pas permis à un ministre compétent de recourir à une autre loi fédérale comme solution de rechange à un arrêté de protection, à moins que cette loi n’assure à l’habitat essentiel un niveau de protection égal à celui que lui garantirait un tel arrêté : voir les motifs, aux paragraphes 257 et 272. Il a statué ainsi sur la base d’une interprétation téléologique des dispositions applicables de la LEP, ayant conclu que le législateur avait voulu limiter le pouvoir discrétionnaire ministériel pour ce qui concerne la protection de l’habitat essentiel des espèces en voie de disparition et menacées : voir les motifs, aux paragraphes 277 à 280.

[47] Le juge de la Cour fédérale a ensuite conclu qu’il n’était pas permis d’utiliser la *Loi sur les pêches* ni ses règlements d’application comme solution de rechange à un arrêté de protection. Cette conclusion se fondait sur le caractère hautement discrétionnaire des vastes pouvoirs conférés au ministre par ce régime, qui lui donnait notamment toute latitude pour autoriser la destruction d’un habitat de poissons sous le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches* et pour assortir les permis de pêche de conditions sous l’article 22 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* : voir les motifs, aux paragraphes 320 et 321.

[48] Le juge de la Cour fédérale a aussi écarté l’article 36 de la *Loi sur les pêches* — qui interdit de rejeter des substances nocives dans des eaux où vivent des poissons — au motif qu’il permet néanmoins d’autoriser de tels rejets par voie réglementaire, « à la discrétion du Cabinet » : voir les motifs, au paragraphe 325.

[49] Le juge de la Cour fédérale a ensuite formulé 11 conclusions déclaratoires, dont voici le texte :

1. Pour ce qui est de la demande relative à la déclaration de protection :

- a. The Minister of Fisheries and Oceans erred in law in determining that the critical habitat of the resident killer whales was already legally protected by existing laws of Canada;
- b. Section 58 of SARA requires that all elements of critical habitat be legally protected by the competent ministers;
- c. Outreach programs, stewardship programs, voluntary codes of conduct or practice, voluntary protocols and/or voluntary guidelines and policy do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for the Minister to have cited policy documents in the Protection Statement;
- d. Ministerial discretion does not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for the Minister to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act* in the Protection Statement;
- e. Prospective laws and regulations that are not yet in force do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for the Minister to have cited provisions in the Protection Statement that are not yet in force;
- f. Provincial laws do not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of SARA, and it was unlawful for the Minister to have cited provincial laws in the Protection Statement.
2. With respect to the Protection Order application:
- a. The ministers acted unlawfully in limiting the application and scope of the Protection Order made under subsection 58(4) of SARA;
- b. The ministers have a duty under section 58 to provide legal protection against destruction for all components of the resident killer whales' critical habitat;
- c. The ministers acted unlawfully when they limited the application and scope of the destruction prohibition in subsection 58(1) of SARA to certain components of critical habitat but not others;
- d. It was an error of law for the ministers to limit the application and scope of the Protection Order to provide legal protection for geophysical parts of critical habitat only;
- a. le ministre des Pêches et des Océans a commis une erreur de droit en décidant que l'habitat essentiel des épaulards était déjà légalement protégé par des lois existantes du Canada;
- b. l'article 58 de la LEP exige que les ministres compétents protègent légalement tous les éléments de l'habitat essentiel;
- c. des programmes de sensibilisation, des programmes de gestion, des codes volontaires de conduite ou de pratiques, des protocoles volontaires ou des lignes directrices volontaires et des politiques ne protègent pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des documents de politique générale;
- d. le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*;
- e. les lois prospectives et les règlements non encore en vigueur ne protègent pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des dispositions qui ne sont pas encore en vigueur;
- f. les lois provinciales ne protègent pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP, et il était illégal que le ministre cite dans l'Énoncé sur la protection des lois provinciales.
2. Pour ce qui est de la demande relative à l'arrêté de protection :
- a. les ministres ont agi illégalement en restreignant l'application et la portée de l'Arrêté de protection pris en vertu du paragraphe 58(4) de la LEP;
- b. les ministres sont tenus en vertu de l'article 58 de protéger légalement tous les éléments de l'habitat essentiel des épaulards résidents contre leur destruction;
- c. les ministres ont agi illégalement en limitant l'application et la portée de l'interdiction de destruction prévue au paragraphe 58(1) de la LEP à certains éléments de l'habitat essentiel, alors que cette interdiction s'applique à tous les éléments;
- d. les ministres ont commis une erreur de droit en limitant l'application et la portée de l'Arrêté de protection de façon à ne protéger légalement que les éléments géophysiques de l'habitat essentiel;

e. It was unlawful for the ministers to exclude the ecosystem features of resident killer whales' critical habitat, including availability of prey and acoustic and environmental factors from the scope of the Protection Order.

e. il était illégal que les ministres excluent de la portée de l'Arrêté de protection les caractéristiques écosystémiques de l'habitat essentiel des épaulards résidents, y compris la disponibilité de proies et les facteurs acoustiques et environnementaux.

*The issues in this appeal*

[50] Though the Minister of the Environment was also a respondent before the Federal Court, only the Minister of Fisheries and Oceans has appealed to this Court. Moreover, that Minister's appeal only concerns one of the declarations made by the Federal Court Judge, namely declaration 1(d) providing that ministerial discretion does not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of the SARA, and that it was consequently unlawful for the Minister to have cited discretionary provisions of the *Fisheries Act* in the Killer Whales Protection Statement.

[51] The Minister raises the standard of review as a first ground of appeal. He submits that Parliament entrusted him with the responsibility to manage aquatic species under both the SARA and the *Fisheries Act*, and that, consequently, he is entitled to deference as to the interpretation of both these statutes.

[52] As a second ground of appeal, the Minister submits that he lawfully invoked the provisions of the *Fisheries Act* in the Killer Whales Protection Statement, and that he may resort to such provisions in any protection statement made under subsection 58(5) of the SARA.

[53] This appeal consequently raises the following questions:

- a. What is the standard of review?
- b. Did the Minister err by relying on the provisions of the *Fisheries Act* and of its regulations in making the Killer Whales Protection Statement?

*Les questions en litige dans le présent appel*

[50] Bien que le ministre de l'Environnement fût codéfendeur devant la Cour fédérale, seul le ministre des Pêches et des Océans s'est pourvu en appel devant notre Cour. En outre, l'appel du ministre ne concerne qu'une des conclusions déclaratoires du juge de la Cour fédérale, à savoir la conclusion 1d), qui porte que le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la LEP et qu'il était par conséquent illégal de la part du ministre de citer dans la déclaration de protection visant les épaulards des dispositions de nature discrétionnaire de la *Loi sur les pêches*.

[51] Le premier moyen d'appel du ministre concerne la norme de contrôle judiciaire. Il soutient que, le législateur lui ayant confié la responsabilité de gérer les espèces aquatiques sous le double régime de la LEP et de la *Loi sur les pêches*, son interprétation de ces deux lois commande la retenue judiciaire.

[52] Comme second moyen d'appel, le ministre soutient qu'il était légal de sa part d'invoquer les dispositions de la *Loi sur les pêches* dans la déclaration de protection visant les épaulards, et qu'il lui est permis de les citer dans toute déclaration de protection prévue au paragraphe 58(5) de la LEP.

[53] Le présent appel soulève par conséquent les questions suivantes :

- a. Quelle est la norme de contrôle judiciaire applicable?
- b. Le ministre a-t-il commis une erreur en invoquant dans la déclaration de protection visant les épaulards les dispositions de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d'application?

[54] In addition, as a preliminary matter, I must consider whether this appeal should be dismissed on the basis that the issues raised by the Minister are moot.

*Preliminary issue: Should this appeal be dismissed on the ground that the issues raised by the Minister are moot?*

[55] The Minister's appeal concerns the Killer Whales Protection Statement, which statement was replaced by the Killer Whales Protection Order. As both O'Reilly J. and the Federal Court Judge concluded in this case, the issues which are raised by these proceedings and which concern the Killer Whales Protection Statement are clearly moot. Hence, should this Court entertain those issues?

[56] The Minister and the respondents are not pursuing this argument before this Court, but the fact that they are not raising it does not mean that this Court can simply ignore the matter. Reluctant as this Court is to decide a matter not fully argued before it, determining if the issues are moot and if so, whether they should nevertheless be decided, is a prerequisite to the disposition of this appeal.

[57] The choice of the appropriate test to apply in deciding whether a matter is moot is a question of law. The decision of whether to hear a moot proceeding is discretionary: *Aktiebolaget Hässle v. Apotex Inc.*, 2008 FCA 88, 65 C.P.R. (4th) 5, at paragraph 11. The identification of the factors which must be considered in exercising that discretion is also a question of law: *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, 2003 SCC 62, [2003] 3 S.C.R. 3, at paragraph 18.

[58] It cannot be disputed that the issues raised are moot. It is also clear from the Federal Court Judge's reasons at paragraphs 236 to 252 that he identified the appropriate factors to consider in exercising his discretion to nevertheless hear these issues. In an appeal from such a judgment, should this Court review the exercise

[54] Je dois en outre examiner la question préliminaire de savoir s'il faut écarter le présent appel au motif du caractère théorique des points mis en litige par le ministre.

*La question préliminaire : Faut-il écarter le présent appel au motif du caractère théorique des points mis en litige par le ministre?*

[55] L'appel du ministre concerne la déclaration de protection visant les épaulards, qui a été remplacée par l'Arrêté de protection de l'épaulard. Ainsi que le juge O'Reilly et le juge de la Cour fédérale l'ont conclu dans la présente affaire, les questions que celle-ci soulevé concernant la déclaration de protection visant les épaulards sont manifestement de nature théorique. Cela étant, notre Cour devrait-elle examiner ces questions?

[56] Ni le ministre ni les intimés n'invoquent le caractère théorique devant notre Cour, mais il ne s'ensuit pas pour autant que celle-ci puisse tout bonnement passer ce problème sous silence. Quelque peu disposée qu'elle soit à statuer sur un point qui n'a pas été pleinement débattu devant elle, cette Cour ne peut décider le présent appel avant d'avoir établi si les questions en litige sont de nature purement théorique et, dans l'affirmative, si elle devrait néanmoins les trancher.

[57] Le choix du critère à appliquer au point de savoir si une affaire est de nature théorique ou non est une question de droit. La décision d'instruire une telle affaire est discrétionnaire : voir *Aktiebolaget Hässle c. Apotex Inc.*, 2008 CAF 88, au paragraphe 11. La définition des facteurs à prendre en considération dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire est aussi une question de droit; voir *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 18.

[58] Il est incontestable que les questions soulevées ici sont théoriques. Il est également évident, à la lecture des paragraphes 236 à 252 de ses motifs, que le juge de la Cour fédérale a défini correctement les facteurs à prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'examiner ces questions malgré leur

of the Federal Court Judge's discretion on a standard of reasonableness or should this Court rather exercise anew judicial discretion and decide itself whether or not to hear the moot issues in appeal? In past appeals, this Court seems to have preferred to exercise anew the discretion: see *Baron v. Canada (Minister of Public Safety and Emergency Preparedness)*, 2009 FCA 81, [2010] 2 F.C.R. 311, at paragraphs 26–46.

[59] In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, above, at pages 358–363, and in *Doucet-Boudreau v. Nova Scotia (Minister of Education)*, above, at paragraphs 18–22, the Supreme Court of Canada has outlined the following criteria for courts to consider in exercising discretion to hear a moot case:

- a. the presence of an adversarial context;
- b. the concern for judicial economy; and
- c. the need for the Court to be sensitive to its role as the adjudicative branch in our political framework.

[60] Applying these factors, I conclude that the Federal Court Judge reasonably exercised his discretion to hear the issues relating to the Killer Whales Protection Statement. I also conclude that this Court should exercise its discretion to entertain those issues even though they are moot.

[61] These issues have been fully argued before both the Federal Court and this Court; and a very live controversy exists between the parties which will persist until they are finally decided.

[62] Judicial economy will be well served if this Court addresses the issues raised. They have been fully canvassed in these proceedings and they will likely arise in

absence de portée pratique. Dans le cadre d'un appel formé contre un tel jugement, notre Cour devrait-elle contrôler l'exercice de son pouvoir discrétionnaire par le juge de la Cour fédérale suivant la norme du caractère raisonnable, ou devrait-elle plutôt exercer son propre pouvoir discrétionnaire en reprenant l'examen depuis le début et décider elle-même s'il convient ou non de connaître des questions théoriques en appel? Dans des affaires antérieures, notre Cour semble avoir retenu de préférence cette deuxième possibilité : voir *Baron c. Canada (Ministre de la Sécurité publique et de la Protection civile)*, 2009 CAF 81, [2010] 2 R.C.F. 311, aux paragraphes 26 à 46.

[59] La Cour suprême du Canada, aux pages 358 à 363 de l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, précité, et aux paragraphes 18 à 22 de l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, également précité, a recommandé aux tribunaux judiciaires d'appliquer les critères suivants dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire d'instruire une affaire théorique :

- a. l'existence d'un débat contradictoire;
- b. le souci d'économie des ressources judiciaires;
- c. la nécessité pour les tribunaux d'être conscients de leur fonction juridictionnelle dans notre structure politique.

[60] Appliquant ces critères à la présente affaire, je conclus que le juge de la Cour fédérale a raisonnablement exercé son pouvoir discrétionnaire d'examiner les questions relatives à la déclaration de protection visant les épaulards. Je conclus en outre que notre Cour devrait aussi exercer son pouvoir discrétionnaire d'examiner ces questions malgré leur caractère théorique.

[61] Lesdites questions ont été débattues à fond devant la Cour fédérale et devant notre Cour, et il existe entre les parties un litige actuel qui persistera jusqu'à ce qu'elles soient définitivement tranchées.

[62] L'examen par notre Cour des questions en litige ne peut que favoriser l'économie des ressources judiciaires. Ces questions ont été débattues à fond dans la

the future in the context of other protection statements under the SARA. It is thus appropriate to settle these issues now rather than to await another case which will require additional efforts and expenditures to pursue.

[63] The issues raised are of public importance, and their resolution is in the public interest. This case is the first to be heard by this Court concerning the scope of a protection statement under the SARA. Many other protection statements are being prepared and may have been issued for other endangered or threatened species. Consequently, both the Minister and the respondents seek guidance as to the interpretation and application of section 58 of the SARA.

[64] Finally, this Court is neither departing from its traditional role as an adjudicator nor intruding upon the legislative or executive sphere by deciding to hear this appeal. The issues raised are all questions of statutory interpretation. Moreover, the Minister—acting as a member of the Executive branch of government—seeks the opinion of this Court on these issues.

#### The standard of review

##### *The Minister's position*

[65] At its core, the principal question before this Court concerns the meaning of the words “legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament” found in subsection 58(5) of the SARA. That is a question of statutory interpretation, and that is not disputed by the Minister.

[66] However, the Minister submits that Parliament has entrusted him with the responsibility to manage the regulatory schemes under the SARA and the *Fisheries Act*, and that consequently, his interpretation of section 58 of the SARA—and of the provisions of the

présente affaire et elles se poseront vraisemblablement de nouveau dans le contexte d'autres déclarations de protection établies sous le régime de la LEP. Il paraît donc préférable de les régler maintenant, plutôt que d'attendre une autre affaire, qui exigerait des efforts et des dépenses supplémentaires.

[63] Les questions soulevées ici sont d'importance publique, et il est dans l'intérêt public de les régler. La présente affaire est la première portée devant notre Cour concernant le contenu d'une déclaration de protection établie sous le régime de la LEP. De nombreuses autres déclarations de protection visant d'autres espèces en voie de disparition ou menacées sont en cours d'élaboration et ont peut-être été publiées. C'est pourquoi le ministre aussi bien que les intimés recherchent des lignes directrices pour l'interprétation et l'application de l'article 58 de la LEP.

[64] Enfin, notre Cour ne s'écarte pas de son rôle traditionnel d'instance juridictionnelle, pas plus qu'elle n'empiète sur les domaines des pouvoirs législatif ou exécutif, en décidant d'entendre le présent appel. Les points ici en litige sont tous des questions d'interprétation législative. Qui plus est, le ministre — agissant à titre de membre du pouvoir exécutif — demande l'avis de notre Cour sur ces points.

#### La norme de contrôle

##### *La position du ministre*

[65] La principale question portée devant notre Cour concerne la signification des termes « protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime » du paragraphe 58(5) de la LEP. Il s'agit donc là d'une question d'interprétation législative, ce que le ministre ne conteste pas.

[66] Cependant, le ministre soutient que, comme le législateur lui a confié la responsabilité de gérer les systèmes de réglementation afférents à la LEP et à la *Loi sur les pêches*, son interprétation de l'article 58 de la LEP — ainsi que des dispositions de la *Loi sur les*



*Fisheries Act* and of its regulations as they relate to that section—should be given deference.

[67] The Minister relies for this proposition on *Dunsmuir* and recent decisions of the Supreme Court of Canada which have all clearly emphasized the deference which courts must show to an administrative tribunal when it interprets a provision of its enabling (or “home”) statute or statutes closely connected to its functions. The Minister notably relies on *Celgene Corp. v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 1, [2011] 1 S.C.R. 3 (*Celgene*), at paragraphs 33–34; *Canada (Canadian Human Rights Commission) v. Canada (Attorney General)*, 2011 SCC 53, [2011] 3 S.C.R. 471 (*Mowat*), at paragraphs 15–27; and *Smith v. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 SCC 7, [2011] 1 S.C.R. 160 (*Smith*), at paragraph 26. In this regard, I note that the standard which applies when the interpretation of a statute by a government official is raised in a judicial review proceeding has been questioned by this Court following *Dunsmuir*: see *Public Mobile Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 194, [2011] 3 F.C.R. 344, at paragraph 35 and *Toussaint v. Canada (Attorney General)*, 2011 FCA 213, [2013] 1 F.C.R. 374, at paragraph 19.

[68] The Minister also finds support for his position in *Adam v. Canada (Environment)*, 2011 FC 962, *sub nom. Athabasca Chipewyan First Nation v. Canada (Environment)*, [2013] 2 F.C.R. 201 (*Adam*), a recent decision of the Federal Court. The applicants in *Adam* were asking the Court to order the Minister of the Environment to (a) finalize a recovery strategy under the SARA for the boreal caribou located in north-eastern Alberta and (b) recommend the adoption of an emergency protection order for these caribou under subsection 80(2) of the SARA. Without proceeding with a standard of review analysis, the Court in *Adam* concluded—based on its understanding of *Dunsmuir* and *Smith*—that the Minister of the Environment’s interpretation of subsection 80(2) of the SARA was subject to review under a reasonableness standard. Since that minister was interpreting his “home” statute (the SARA), and since no constitutional question, no

*pêches* et de ses règlements d’application pour autant qu’elles se rapportent à cet article — commande la retenue judiciaire.

[67] Le ministre invoque à l’appui de cette thèse l’arrêt *Dunsmuir* et d’autres décisions récentes de la Cour suprême du Canada qui insistent toutes sans ambiguïté sur la retenue que doivent exercer les tribunaux judiciaires envers le tribunal administratif qui interprète une disposition de sa loi habilitante (ou « loi constitutive ») ou d’une loi étroitement liée à son mandat. Le ministre cite notamment les paragraphes 33 et 34 de l’arrêt *Celgene Corp. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 1, [2011] 1 R.C.S. 3 (*Celgene*); les paragraphes 15 à 27 de l’arrêt *Canada (Commission canadienne des droits de la personne) c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 53, [2011] 3 R.C.S. 471 (*Mowat*); et le paragraphe 26 de l’arrêt *Smith c. Alliance Pipeline Ltd.*, 2011 CSC 7, [2011] 1 R.C.S. 160 (*Smith*). Je ferai observer à ce propos que notre Cour a constaté l’incertitude que laisse planer l’arrêt *Dunsmuir* sur la norme de contrôle judiciaire applicable à l’interprétation d’une loi par un représentant du gouvernement: voir *Public Mobile Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 194, [2011] 3 R.C.F. 344, au paragraphe 35; et *Toussaint c. Canada (Procureur général)*, 2011 CAF 213, [2013] 1 R.C.F. 374, au paragraphe 19.

[68] Le ministre fonde aussi sa position sur une décision récente de la Cour fédérale : *Adam c. Canada (Environnement)*, 2011 CF 962, *sub nom. Athabasca Chipewyan First Nation c. Canada (Environnement)*, [2013] 2 R.C.F. 201 (*Adam*). Dans cette affaire, les demandeurs priaient la Cour d’ordonner au ministre de l’Environnement : a) de mettre dans le registre, sous le régime de la LEP, un programme de rétablissement du caribou boréal vivant dans le Nord-Est de l’Alberta; et b) de recommander au gouverneur en conseil de prendre un décret d’urgence pour la protection de cette espèce sous le régime du paragraphe 80(2) de la LEP. La Cour fédérale a conclu, sans effectuer d’analyse relative à la norme de contrôle et en se fondant sur sa lecture de l’arrêt *Dunsmuir* et de l’arrêt *Smith*, que l’interprétation donnée par le ministre de l’Environnement du paragraphe 80(2) de la LEP devait être contrôlée suivant la norme du caractère raisonnable. Elle a contrôlé ladite

question of law of central importance to the legal system as a whole, and no jurisdictional question was raised by the proceedings, the Minister of the Environment’s interpretation of subsection 80(2) of the SARA was reviewed on a standard of reasonableness: *Adam*, at paragraph 40.

[69] The Minister submits that as the “competent minister” with respect to aquatic species, he is entitled to the same deference as to his interpretation of the pertinent provisions of the SARA. Likewise, as the minister responsible for the *Fisheries Act*, deference should also be extended to his interpretation of that statute and of its regulations. In short, the Minister submits that pursuant to the most recent Supreme Court of Canada jurisprudence, a presumption of deference has been extended to administrative decision makers—such as himself—when they interpret their enabling (or “home”) statutes.

[70] I disagree with the Minister. For the reasons which follow, I have concluded that no deference is owed by this Court to the Minister as to the interpretation of the relevant provisions of the SARA or of the *Fisheries Act* and its regulations.

*Historical and constitutional foundations of judicial review*

[71] It is useful to set out briefly the foundations of judicial review in Canada. The two guiding principles of the British constitution—on which the Constitution of Canada is modelled—are the sovereignty of Parliament and the rule of law. These constitutional principles were largely developed as a result of the English Civil War of the 17th Century and its aftermath. This long, difficult and often bloody struggle between the Crown and Parliament culminated in the victory of the Parliamentarians in the so-called “Glorious Revolution”, which ensured the accession to the throne of William and Mary and led to the adoption of the Bill of Rights of 1688 [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the Succession of*

interprétation suivant cette norme aux motifs que le ministre interprétait sa loi « constitutive » (la LEP), et que l’affaire ne soulevait ni une question constitutionnelle, ni une question de droit d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble, ni une question de compétence : voir *Adam*, au paragraphe 40.

[69] Le ministre soutient que, du fait de sa qualité de « ministre compétent » pour les espèces aquatiques, son interprétation des dispositions applicables de la LEP commande la même retenue judiciaire, et que, comme il est le ministre responsable de l’exécution de la *Loi sur les pêches*, son interprétation de cette loi et des règlements d’application de celle-ci appelle pareillement la déférence. Bref, le ministre affirme que, selon la jurisprudence la plus récente de la Cour suprême du Canada, les décideurs administratifs — tels que lui-même — bénéficient d’une présomption de retenue judiciaire lorsqu’ils interprètent leurs lois habilitantes (ou « constitutives »).

[70] Je ne puis souscrire à cette thèse du ministre. Par les motifs dont l’exposé suit, j’ai conclu que l’interprétation que le Ministre donne des dispositions applicables de la LEP ou de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d’application ne commande pas la déférence de notre Cour.

*Les fondements historiques et constitutionnels du contrôle judiciaire*

[71] Il ne paraît pas inutile de rappeler brièvement les fondements du contrôle judiciaire au Canada. Les deux principes directeurs de la constitution britannique — sur laquelle la nôtre est modelée — sont la souveraineté du Parlement et la primauté du droit. Ces principes constitutionnels furent en grande partie élaborés en conséquence directe et indirecte de la Guerre civile anglaise du XVII<sup>e</sup> siècle. La lutte longue, difficile et souvent sanglante qui opposa durant cette période la monarchie et le Parlement s’acheva par la victoire des parlementaires avec la « Glorieuse Révolution », qui permit l’avènement de Guillaume et Marie et mena à l’adoption du Bill of Rights de 1688 [*An Act declaring the Rights and Liberties of the Subject and Settling the*

*the Crown*, 1688 (U.K.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, c. 2], later followed by the *Act of Settlement, 1700* [(U.K.), 12 & 13 Will. III, c. 2].

[72] Through these historical events, the Crown's powers were made subject to the laws of Parliament. Prior to the Bill of Rights of 1688, the Crown had asserted that it could "Assum[e] and Exercis[e] a Power of Dispensing with and Suspending of Lawes and the Execution of Lawes without Consent of Parlyament": Preamble to the Bill of Rights of 1688. While the Bill of Rights of 1688 firmly consecrated the principle of Parliamentary sovereignty, it also implicitly empowered the courts, and particularly the common law courts, to both interpret Parliament's laws and censure unlawful behaviour on the part of Crown officials. This was further entrenched by the subsequent *Act of Settlement, 1700* which recognized the independence of the judiciary.

[73] The Bill of Rights of 1688, the *Act of Settlement, 1700*, and the constitutional principles flowing from those documents thus ensured that the Crown and its officials would be thereafter bound by Parliament's laws as interpreted by the independent common law courts: see Dussault and Borgeat, *Administrative Law: A Treatise*, 2nd edition, Volume 4, Toronto: Carswell, 1990, at pages 12–13 and 27–31; A. L. Goodhart and R. E. Megarry, "Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins" (1956), 72 *L.Q.R.* 345, at page 362; Lord Hailsham of St. Marylebone, "Democracy and Judicial Independence" (1979), 28 *U.N.B.L.J.* 7, at page 9.

[74] The principles of Parliamentary sovereignty and of the rule of law are still today at the heart of judicial review: *Dunsmuir*, at paragraphs 27–30.

[75] With the expansion of state intervention in the first part of the 20th Century, Parliament set up numerous intricate legislative schemes seeking to achieve complex economic and social goals. It delegated more and more powers to various administrative bodies entrusted with the authority to implement these schemes. Parliament also created numerous administrative tribunals to adjudicate the disputes resulting from these

*Succession of the Crown*, 1688 (R.-U.), 1 Will. & Mary, Sess. 2, ch. 2], puis de l'*Act of Settlement, 1700* [(R.-U.), 12 & 13 Will. III, ch. 2].

[72] C'est ainsi que la marche de l'histoire entraîna la subordination des pouvoirs de la monarchie aux lois du Parlement. Avant le Bill of Rights de 1688, l'autorité royale prétendait [TRADUCTION] « s'attribuer et exercer le pouvoir de dispenser des lois ou de leur exécution, et de suspendre les lois ou leur exécution, sans le consentement du Parlement » (préambule du Bill of Rights de 1688). Le Bill of Rights de 1688, tout en consacrant le principe de la souveraineté du Parlement, conférait implicitement aux tribunaux judiciaires, en particulier aux cours de common law, le pouvoir d'interpréter les lois du Parlement et de réprimer les actes illicites des représentants de la Couronne. Ceci se trouva plus tard confirmé par l'*Act of Settlement, 1700*, qui établissait l'indépendance du pouvoir judiciaire.

[73] Le Bill of Rights de 1688, l'*Act of Settlement, 1700* et les principes constitutionnels découlant de ces deux lois ont ainsi subordonné la Couronne et ses représentants aux lois du Parlement telles qu'interprétées par les cours de common law, devenues indépendantes : voir Dussault et Borgeat, *Traité de droit administratif*, 2<sup>e</sup> édition, tome III, Québec : Presses de l'Université Laval, 1989, aux pages 18 à 20 et 40 à 46; A. L. Goodhart et R. E. Megarry, « Judicial Review and the Rule of Law: Historical Origins » (1956), 72 *L.Q.R.* 345, à la page 362; et lord Hailsham of St. Marylebone, « Democracy and Judicial Independence » (1979), 28 *R.D.U.N.-B.* 7, à la page 9.

[74] Les principes de la souveraineté du Parlement et de la primauté du droit sont encore aujourd'hui les fondements du contrôle judiciaire : voir *Dunsmuir*, aux paragraphes 27 à 30.

[75] Avec le développement de l'intervention étatique dans la première moitié du XX<sup>e</sup> siècle, le Parlement a établi de nombreux et complexes régimes axés sur des objectifs économiques et sociaux non moins complexes. Il a en conséquence dû déléguer de plus en plus de pouvoirs à divers organismes administratifs chargés de mettre ces régimes en œuvre. Le Parlement a aussi créé de nombreux tribunaux administratifs pour arbitrer

complex schemes. In some cases, Parliament sought to protect these administrative bodies and tribunals from interference by the courts. This was principally achieved by the inclusion of various privative clauses in the legislation enabling these administrative bodies and tribunals to carry out their functions.

[76] Though the courts throughout the Commonwealth fiercely resisted these curtailments of their authority, they eventually relented in deference to the principle of Parliamentary sovereignty. However, the courts always maintained a right—albeit limited—to control administrative decisions on the ground that the rule of law required it in certain appropriate circumstances, notably in cases of excess of jurisdiction, abuse of power or failure to comply with principles of natural justice.

*The modern Canadian approach to judicial review of questions of law*

[77] The modern Canadian approach to judicial review of questions of law involving administrative tribunals can be ascertained from *Canadian Union of Public Employees, Local 963 v. New Brunswick Liquor Corporation*, [1979] 2 S.C.R. 227 (C.U.P.E.) and *Blanchard v. Control Data Canada Ltd. et al.*, [1984] 2 S.C.R. 476 (*Control Data*). Justice Lamer [as he then was] summarized as follows the Canadian approach in *Control Data*, at pages 492–493:

In principle, where there is a privative clause the superior courts should not be able to review errors of law made by the administrative tribunals. However, it is now settled that some errors of law can cause the arbitrator to lose his jurisdiction. The debate turns on the question of *which* errors of law result in the loss of jurisdiction. Contrary to the decision of Lord Denning in *Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School*, [1979] 1 All E.R. 365, where he said (at p. 372) that “no court or tribunal has any jurisdiction to make an error of law on which the decision of the case depends” (subsequently disapproved by the Privy Council in *South East Asia Fire Bricks Sdn. Bhd. v. Non-Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*, [1980] 3 W.L.R. 318, and *Re Racal Communications Ltd.*, [1980] 2 All E.R. 634), this Court has tended since *Nipawin, supra*, [*Service Employees’*

les différends suscités par ces régimes complexes. Dans certains cas, il a voulu mettre ces organismes et tribunaux administratifs à l’abri de l’intervention judiciaire, principalement par le moyen de l’inscription de diverses clauses privatives dans leurs lois habilitantes.

[76] Après avoir farouchement résisté dans l’ensemble du Commonwealth à cette réduction de leurs pouvoirs, les tribunaux judiciaires se sont en fin de compte laissés fléchir par respect pour le principe de la souveraineté du Parlement. Cependant, ils ont conservé le droit — encore que limité — de contrôler les décisions administratives au motif que la primauté du droit l’exigeait dans certains cas, notamment lors d’excès de compétence, d’abus de pouvoir ou de manquement aux principes de justice naturelle.

*La conception canadienne contemporaine du contrôle judiciaire relatif aux questions de droit*

[77] La conception canadienne contemporaine du contrôle judiciaire des questions de droit soulevées par les décisions des tribunaux administratifs est exposée dans l’arrêt *Syndicat canadien de la Fonction publique, section locale 963 c. Société des alcools du Nouveau-Brunswick*, [1979] 2 R.C.S. 227 (S.C.F.P.), et dans l’arrêt *Blanchard c. Control Data Canada Ltée et autre*, [1984] 2 R.C.S. 476 (*Control Data*). Le juge Lamer [tel était alors son titre] a résumé comme suit cette conception aux pages 492 et 493 de l’arrêt *Control Data* :

En principe, compte tenu de la présence d’une clause privative, les juridictions supérieures ne devraient pas pouvoir réviser les erreurs de droit des tribunaux administratifs. Toutefois, il est maintenant établi que certaines erreurs de droit peuvent faire perdre juridiction à l’arbitre. La controverse porte plutôt sur la détermination de *quelles* erreurs de droit font perdre juridiction. Contrairement à la décision de Lord Denning dans l’affaire *Pearlman v. Keepers and Governors of Harrow School*, [1979] 1 All E.R. 365, où il est dit (à la p. 372) que [TRADUCTION] «aucune cour ni aucun tribunal n’a la compétence de faire une erreur de droit dont dépend l’issue de l’affaire» (désapprouvée par la suite par le Conseil privé dans *South East Asia Fire Bricks Sdn. Bhd. v. Non-Metallic Mineral Products Manufacturing Employees Union*, [1980] 3 W.L.R. 318, et *Re Racal Communications*

*International Union, Local No. 333 v. Nipawin District Staff Nurses Association et al.*, [1975] 1 S.C.R. 382] and *C.U.P.E.*, *supra*, to avoid intervening when the decision of the administrative tribunal was reasonable, whether erroneous or not. In other words, only unreasonable errors of law can affect jurisdiction. The following extract from *C.U.P.E.*, *supra*, at p. 237, frequently referred to in later cases, has become the classic statement of the approach taken by this Court:

Put another way, was the Board's interpretation so patently unreasonable that its construction cannot be rationally supported by the relevant legislation and demands intervention by the court upon review?

This is a very severe test and signals a strict approach to the question of judicial review. It is nevertheless the test which this Court has applied and continues to apply .... [Emphasis in original.]

[78] Thus, if Parliament (or a provincial legislature) has adopted a privative clause providing that the decisions of an administrative tribunal—or of any other administrative decision maker—are not subject to judicial review for error of law, the courts should strive to respect that legislative intent and should only interfere where a given decision is unreasonable.

[79] In subsequent cases, the Supreme Court of Canada applied this approach, even in the absence of a privative clause, insofar as certain factors set out in the enabling legislation made the legislative intent clear.

[80] In *Pezim v. British Columbia (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 S.C.R. 557 (*Pezim*) and in *Canada (Director of Investigation and Research) v. Southam Inc.*, [1997] 1 S.C.R. 748 (*Southam*)—both of which involved a statutory appeal—the Supreme Court of Canada did not apply a correctness standard to questions of law, but rather deferred to the original decision-maker's legal analysis. In both cases, the application of the reasonableness standard flowed from legislative intent. As noted by Justice Iacobucci in *Pezim*, at pages 589–590:

*Ltd.*, [1980] 2 All .R. 634), la tendance de cette Cour depuis les affaires *Nipawin*, précitée [*Union internationale des employés des services, local no. 333 c. Nipawin District Staff Nurses Association*, (1975) 1 R.C.S. 382] et *S.C.F.P.*, précitée, a été d'éviter d'intervenir lorsque la décision du tribunal administratif, erronée ou non, était raisonnable. En d'autres termes, seules les erreurs de droit déraisonnables portent atteinte à la juridiction. L'extrait suivant de l'arrêt *S.C.F.P.*, précité, à la p. 237, cité à maintes reprises par la suite, est devenu l'énoncé classique de l'approche de cette Cour :

Autrement dit, l'interprétation de la Commission est-elle déraisonnable au point de ne pouvoir rationnellement s'appuyer sur la législation pertinente et d'exiger une intervention judiciaire?

C'est là un test très sévère et qui marque une approche restrictive en ce qui concerne le contrôle judiciaire. C'est pourtant le test que cette Cour a appliqué et applique encore [...] [Souligné dans l'original.]

[78] Donc, si le Parlement (ou une assemblée législative provinciale) a adopté une clause privative disposant que les décisions d'un tribunal administratif déterminé — ou d'un décideur administratif déterminé, de quelque autre nature qu'il soit — ne sont pas soumises au contrôle judiciaire sous le rapport des questions de droit, les tribunaux judiciaires doivent s'efforcer de respecter l'intention du législateur et ne remettre ces décisions en cause que si elles sont déraisonnables.

[79] La Cour suprême du Canada a appliqué cette conception par la suite, et ce, même en cas d'absence de clause privative, à condition que l'intention du législateur ressorte à l'évidence de certains éléments de la loi habilitante.

[80] Dans les arrêts *Pezim c. Colombie-Britannique (Superintendent of Brokers)*, [1994] 2 R.C.S. 557 (*Pezim*), et *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c. Southam Inc.*, [1997] 1 R.C.S. 748 (*Southam*) — qui concernaient tous deux un appel prévu par la loi —, la Cour suprême du Canada s'est refusée à appliquer la norme de la décision correcte aux questions de droit, s'en remettant plutôt à l'analyse juridique du premier décideur. Dans ces deux affaires, c'est l'intention du législateur qui a motivé l'application de la norme du caractère raisonnable. Rappelons à ce sujet les observations formulées

The central question in ascertaining the standard of review is to determine the legislative intent in conferring jurisdiction on the administrative tribunal. In answering this question, the courts have looked at various factors. Included in the analysis is an examination of the tribunal's role or function. Also crucial is whether or not the agency's decisions are protected by a privative clause. Finally, of fundamental importance, is whether or not the question goes to the jurisdiction of the tribunal involved.

[81] In *Pezim* and *Southam*, privative clauses were found to be only one of many factors which may be considered for the purpose of ascertaining a legislative intent to limit the scope of a court's power to review an administrative tribunal's decision on questions of law. Factors such as the nature of the problem before the tribunal, the wording of the enabling (or "home") statute, the purpose of that statute, and the areas of expertise could be considered to ascertain legislative intent, in addition to the presence or absence of a privative clause. Consequently, a so-called "pragmatic and functional" approach—similar to the one developed in *U.E.S., local 298 v. Bibeault*, [1988] 2 S.C.R. 1048 for the identification of jurisdictional issues—was required in order to ascertain the scope of judicial review of an administrative tribunal's decision: *Pezim*, at page 592.

[82] Similar considerations were expressed in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982, at paragraph 26: "The central inquiry in determining the standard of review exercisable by a court of law is the legislative intent of the statute creating the tribunal whose decision is being reviewed." This was also reiterated in *Dr. Q v. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 SCC 19, [2003] 1 S.C.R. 226, at paragraph 21: "the pragmatic and functional approach inquires into legislative intent, but does so against the backdrop of the courts' constitutional duty to protect the rule of law."

par le juge Iacobucci aux pages 589 et 590 de l'arrêt *Pezim* :

Dans l'examen de la norme de contrôle applicable, il faut avant tout déterminer quelle était l'intention du législateur lorsqu'il a conféré compétence au tribunal administratif. Pour répondre à cette question, les tribunaux ont examiné divers facteurs, dont le rôle ou la fonction du tribunal. Il est également essentiel de savoir si les décisions de l'organisme sont protégées par une clause privative. Enfin, il est d'une importance fondamentale de savoir si la question touche la compétence du tribunal concerné.

[81] La Cour suprême a établi dans les arrêts *Pezim* et *Southam* que les clauses privatives ne formaient qu'un des nombreux facteurs pouvant être pris en considération aux fins d'établir l'intention du législateur de limiter le pouvoir de contrôle judiciaire des décisions d'un tribunal administratif relativement à des questions de droit. Elle a posé que, en plus de l'existence ou de l'inexistence d'une clause privative, on pouvait prendre en considération aux fins susdites des facteurs tels que la nature du problème soumis au tribunal, le libellé de la loi habilitante (ou « constitutive »), l'objet de cette loi et les domaines d'expertise. Par conséquent, il fallait suivre une méthode dite « pragmatique et fonctionnelle » — analogue à celle élaborée dans l'arrêt *U.E.S., Local 298 c. Bibeault*, [1988] 2 R.C.S. 1048, en vue de la définition des questions de compétence — pour déterminer les limites du contrôle judiciaire applicable à la décision d'un tribunal administratif. Voir *Pezim*, à la page 592.

[82] Le même principe est exprimé au paragraphe 26 de l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982 : « La détermination de la norme de contrôle que la cour de justice doit appliquer est centrée sur l'intention du législateur qui a créé le tribunal dont la décision est en cause. » On en retrouve aussi une formulation au paragraphe 21 de l'arrêt *Dr Q c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226 : « La méthode pragmatique et fonctionnelle implique ainsi l'examen de l'intention du législateur, mais sur l'arrière-plan de l'obligation constitutionnelle des tribunaux de protéger la légalité. »

*Dunsmuir and the subsequent case law*

[83] The Minister submits in this appeal that in view of the responsibilities conferred on him by the SARA and the *Fisheries Act*, his interpretation of those statutes is not susceptible to judicial review on a standard of correctness. The Minister’s position implies that the standard of review analysis ends as soon as Parliament confers on a minister the responsibility to administer a federal statute. This, the Minister submits, is the conclusion which must be drawn from the recent jurisprudence of the Supreme Court of Canada. I disagree.

[84] The Supreme Court of Canada, in *Dunsmuir*, and subsequently in *Celgene*, *Mowat* and *Smith*, has not repudiated the relevance of legislative intent, nor discarded the relevance of a standard of review analysis, as the Minister implies. This is not what these decisions stand for. As noted in *Dunsmuir*, at paragraph 30, “determining the applicable standard of review is accomplished by establishing legislative intent.”

[85] As Justices Bastarache and LeBel jointly noted in *Dunsmuir*, at paragraphs 27 to 31, judicial review is intimately connected with the preservation of the rule of law and with maintaining legislative supremacy. While developing a more coherent and workable framework for judicial review—notably by merging the “patently unreasonable” and “reasonableness *simpliciter*” standards of review into a single “reasonableness” standard—*Dunsmuir* still requires that a proper standard of review analysis be carried out in appropriate circumstances.

[86] For this purpose, *Dunsmuir* has set out a two-step process: first, courts ascertain whether the jurisprudence has already determined in a satisfactory manner the degree of deference to be accorded with regard to a particular question; second, where the first inquiry proves unfruitful, courts must proceed to a standard of review analysis involving the factors making it possible to identify the proper standard of review: *Dunsmuir*, at paragraph 62.

*Dunsmuir et la jurisprudence postérieure*

[83] Le ministre soutient dans le présent appel que, étant donné les attributions que lui confèrent la LEP et la *Loi sur les pêches*, son interprétation de ces lois ne peut être contrôlée judiciairement suivant la norme de la décision correcte. Cette position du ministre implique que l’analyse relative à la norme de contrôle doit s’arrêter dès qu’il est constaté que le législateur a confié à un ministre la charge d’appliquer une loi fédérale. C’est là selon lui ce qu’il faut conclure de la jurisprudence récente de la Cour suprême du Canada. Je dois m’inscrire en faux contre cette thèse.

[84] La Cour suprême du Canada, dans l’arrêt *Dunsmuir*, puis dans les arrêts *Celgene*, *Mowat* et *Smith*, n’a pas répudié la pertinence de l’intention du législateur, ni rejeté l’utilité d’une analyse relative à la norme de contrôle, comme le ministre le laisse entendre. Ce n’est pas là la leçon de ces arrêts. En effet, comme il est rappelé au paragraphe 30 de l’arrêt *Dunsmuir*, « la suprématie législative [est assurée par] la détermination de la norme de contrôle applicable en fonction de l’intention du législateur ».

[85] Ainsi que les juges Bastarache et LeBel l’expliquent aux paragraphes 27 à 31 de l’arrêt *Dunsmuir*, le contrôle judiciaire est étroitement lié au maintien de la primauté du droit et à la volonté d’assurer la suprématie législative. Même s’il définit un cadre plus cohérent et plus praticable pour le contrôle judiciaire — notamment en fusionnant les normes du « caractère manifestement déraisonnable » et du « caractère raisonnable *simpliciter* » dans la norme de la « décision raisonnable » —, l’arrêt *Dunsmuir* n’en exige pas moins qu’on détermine la norme de contrôle applicable au moyen d’une analyse en bonne et due forme dans les cas qui le justifient.

[86] À cette fin, l’arrêt *Dunsmuir* a établi un processus en deux étapes : premièrement, la cour de révision établit si la jurisprudence a déjà déterminé de manière satisfaisante le degré de déférence correspondant à une question donnée; et deuxièmement, si cette démarche se révèle infructueuse, elle entreprend l’analyse des éléments qui permettront d’arrêter la norme de contrôle applicable : voir *Dunsmuir*, au paragraphe 62.

[87] In the case of an administrative tribunal exercising adjudicative functions in the context of an adversarial process, and explicitly or implicitly empowered by its enabling statute to decide questions of law, judicial deference will normally extend to its interpretation of its enabling statute or of a statute closely connected to its functions. This conclusion was drawn in *Dunsmuir* on the basis of existing case law, which had already extensively canvassed the standard of review applicable to adjudicative administrative tribunals. As stated in *Dunsmuir*, at paragraph 54:

Guidance with regard to the questions that will be reviewed on a reasonableness standard can be found in the existing case law. Deference 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: *Canadian Broadcasting Corp. v. Canada (Labour Relations Board)*, [1995] 1 S.C.R. 157, at para. 48; *Toronto (City) Board of Education v. O.S.S.T.F., District 15*, [1997] 1 S.C.R. 487, at para. 39. Deference may also be warranted where an administrative tribunal has developed particular expertise in the application of a general common law or civil law rule in relation to a specific statutory context: *Toronto (City) v. C.U.P.E.*, at para. 72. Adjudication in labour law remains a good example of the relevance of this approach. The case law has moved away considerably from the strict position evidenced in *McLeod v. Egan*, [1975] 1 S.C.R. 517, where it was held that an administrative decision maker will always risk having its interpretation of an external statute set aside upon judicial review. [Emphasis added.]

[88] However, deference on a question of law will not always apply, notably where the administrative body whose decision or action is subject to review is not acting as an adjudicative tribunal, is not protected by a privative clause, and is not empowered by its enabling legislation to authoritatively decide questions of law. A standard of review analysis is still required in appropriate cases. As noted by Justices Bastarache and LeBel at paragraphs 63 and 64 of *Dunsmuir*:

The existing approach to determining the appropriate standard of review has commonly been referred to as “pragmatic and functional”. That name is unimportant. Reviewing courts

[87] Si l’on a affaire à un tribunal administratif qui statue sur des litiges dans le cadre d’une procédure contradictoire, et auquel sa loi habilitante confère explicitement ou implicitement le pouvoir de décider des questions de droit, l’interprétation qu’il donne de cette loi ou d’une loi étroitement liée à son mandat commande normalement la retenue judiciaire. L’arrêt *Dunsmuir* tirait cette conclusion de la jurisprudence existante, qui avait déjà examiné de manière approfondie la question de la norme de contrôle applicable aux tribunaux administratifs statuant sur des litiges. Citons à ce propos le paragraphe 54 de cet arrêt :

La jurisprudence actuelle peut être mise à contribution pour déterminer quelles questions emportent l’application de la norme de la raisonabilité. Lorsqu’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 : *Société Radio-Canada c. Canada (Conseil des relations du travail)*, [1995] 1 R.C.S. 157, par. 48; *Conseil de l’éducation de Toronto (Cité) c. F.E.E.E.S.O., district 15*, [1997] 1 R.C.S. 487, par. 39. Elle peut également s’imposer lorsque le tribunal administratif a acquis une expertise dans l’application d’une règle générale de common law ou de droit civil dans son domaine spécialisé : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P.*, par. 72. L’arbitrage en droit du travail demeure un domaine où cette approche se révèle particulièrement indiquée. La jurisprudence a considérablement évolué depuis l’arrêt *McLeod c. Egan*, [1975] 1 R.C.S. 517, et la Cour s’est dissociée de la position stricte qu’elle y avait adoptée. Dans cette affaire, la Cour avait statué que l’interprétation, par un décideur administratif, d’une autre loi que celle qui le constitue est toujours susceptible d’annulation par voie de contrôle judiciaire. [Non souligné dans l’original.]

[88] Cependant, la retenue judiciaire touchant les questions de droit ne sera pas toujours applicable, notamment si l’organisme administratif dont la décision ou les mesures font l’objet du contrôle ne statue pas sur des litiges, n’est pas protégé par une clause privative et n’est pas autorisé par sa législation habilitante à décider avec autorité des questions de droit. Il reste nécessaire d’effectuer une analyse relative à la norme de contrôle dans les cas qui le justifient. Les juges Bastarache et LeBel formulent à ce sujet les observations suivantes aux paragraphes 63 et 64 de l’arrêt *Dunsmuir* :

L’analyse qui préside actuellement à la détermination de la norme de contrôle applicable est généralement qualifiée de « pragmatique et fonctionnelle ». Cette appellation importe



must not get fixated on the label at the expense of a proper understanding of what the inquiry actually entails. Because the phrase “pragmatic and functional approach” may have misguided courts in the past, we prefer to refer simply to the “standard of review analysis” in the future.

The analysis must be contextual. As mentioned above, it is dependent on the application of a number of relevant factors, including: (1) the presence or absence of a privative clause; (2) the purpose of the tribunal as determined by interpretation of enabling legislation; (3) the nature of the question at issue, and; (4) the expertise of the tribunal. In many cases, it will not be necessary to consider all of the factors, as some of them may be determinative in the application of the reasonableness standard in a specific case.

[89] What *Dunsmuir* has made clear is that “[a]n exhaustive review is not required in every case to determine the proper standard of review”: *Dunsmuir*, at paragraph 57. Further, *Dunsmuir* has also made clear that “at an institutional level, **adjudicators**... can be presumed to hold relative expertise in the interpretation of the legislation that gives them their mandate, as well as related legislation that they might often encounter in the course of their functions”: *Dunsmuir*, at paragraph 68 (emphasis added); *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 SCC 59, [2011] 3 S.C.R. 616, at paragraph 53.

[90] Consequently, since *Dunsmuir*, unless the situation is exceptional, the interpretation by an adjudicative tribunal of its enabling statute or of statutes closely related to its functions should be presumed to be a question of statutory interpretation subject to deference on judicial review: *Alberta (Information and Privacy Commissioner) v. Alberta Teachers’ Association*, 2011 SCC 61, [2011] 3 S.C.R. 654 (*Alberta Teachers’ Association*), at paragraphs 34 and 41, *per* Justice Rothstein.

[91] The decisions of *Celgene*, *Mowat*, and *Smith* relied upon by the Minister are consistent with *Dunsmuir* and with the relevance of legislative intent. Properly understood, these cases do not support the Minister’s position as to the standard of review.

peu, et la cour de révision ne doit pas s’y attacher au détriment de ce qu’exige réellement la démarche. Il se peut qu’elle ait induit les cours de justice en erreur dans le passé. C’est pourquoi, à l’avenir, nous parlerons simplement d’« analyse relative à la norme de contrôle ».

L’analyse doit être contextuelle. Nous rappelons que son issue dépend de l’application d’un certain nombre de facteurs pertinents, dont (1) l’existence ou l’inexistence d’une clause privative, (2) la raison d’être du tribunal administratif suivant l’interprétation de sa loi habilitante, (3) la nature de la question en cause et (4) l’expertise du tribunal administratif. Dans bien des cas, il n’est pas nécessaire de tenir compte de tous les facteurs, car certains d’entre eux peuvent, dans une affaire donnée, déterminer l’application de la norme de la décision raisonnable.

[89] Ce qui ressort à l’évidence de l’arrêt *Dunsmuir*, c’est qu’« [i]l n’est pas toujours nécessaire de se livrer à une analyse exhaustive pour arrêter la bonne norme de contrôle » (au paragraphe 57). En outre, cet arrêt précise bien que, « sur le plan institutionnel, on peut présumer que les arbitres [...] possèdent une expertise relative dans l’interprétation de la loi dont ils tiennent leur mandat ainsi que des dispositions législatives connexes qu’ils sont souvent appelés à appliquer dans l’exercice de leurs fonctions » (*Dunsmuir*, au paragraphe 68) [non souligné dans l’original]; voir aussi *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, 2011 CSC 59, [2011] 3 R.C.S. 616, au paragraphe 53.

[90] Par conséquent, depuis l’arrêt *Dunsmuir*, l’interprétation de sa loi habilitante ou de lois étroitement liées à son mandat par un tribunal qui statue sur des litiges doit être présumée, sauf cas exceptionnel, être une question d’interprétation législative qui commande la déférence lors d’un contrôle judiciaire : voir *Alberta (Information and Privacy Commissioner) c. Alberta Teachers’ Association*, 2011 CSC 61, [2011] 3 R.C.S. 654 (*Alberta Teachers’ Association*), aux paragraphes 34 et 41, le juge Rothstein.

[91] Les arrêts *Celgene*, *Mowat* et *Smith*, invoqués par le ministre, s’accordent avec l’arrêt *Dunsmuir* et le principe de la pertinence de l’intention du législateur. Valablement interprétés, ces arrêts n’étayent pas la position du ministre concernant la norme de contrôle.

[92] *Celgene* concerned the interpretation of an expression found in provisions of the *Patent Act*, R.S.C., 1985, c. P-4 by the Patented Medicine Prices Review Board. That issue of statutory interpretation was reviewed and decided on a standard of correctness. However, a question was raised as to whether correctness was the operative standard in the circumstances. This question was not answered by the Court in the light of its conclusion that the Board's decision was unsailable under a standard of review based either on correctness or on reasonableness. The Minister's reliance on this decision is therefore misplaced.

[93] *Mowat* concerned a decision to award legal costs made by the Canadian Human Rights Tribunal acting in its adjudicative capacity under the *Canadian Human Rights Act* [R.S.C., 1985, c. H-6] following an adversarial process. In issue in that case was the Tribunal's interpretation of provisions in the *Canadian Human Rights Act*. Justices LeBel and Cromwell concluded that, under *Dunsmuir*, deference should normally be extended to decisions of adjudicative tribunals as to the interpretation of their enabling statutes. Applying a reasonableness standard of review, Justices LeBel and Cromwell finally concluded that the Canadian Human Rights Tribunal's interpretation of its enabling legislation was not sustainable. Again, that case does not support the Minister's position since it concerned an adjudicative tribunal.

[94] *Smith* concerned a decision to award costs made by an Arbitration Committee established under Part V of the *National Energy Board Act*, R.S.C., 1985, c. N-7. The issue in that case was the Arbitration Committee's interpretation of the word "costs" in subsection 99(1) [as am. by S.C. 1990, c. 7, s. 25(F)] of the *National Energy Board Act*. Justice Fish, for the majority, ruled that since the Arbitration Committee was interpreting its enabling statute, a reasonableness standard of review applied in light of the principles set out in *Dunsmuir*. This conclusion flowed from Parliament's intent, as noted at paragraph 31 of this decision:

[92] L'arrêt *Celgene* concernait l'interprétation d'une expression de la *Loi sur les brevets*, L.R.C. (1985), ch. P-4, par le Conseil d'examen du prix des médicaments brevetés. Cette question d'interprétation législative avait été examinée et tranchée en contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte. Cependant, la Cour suprême s'est interrogée sur le point de savoir si cette norme était bien applicable à l'espèce. Elle n'a pas répondu à cette question, ayant conclu que la décision du Conseil se révélait inattaquable qu'on y applique la norme de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable. Le ministre a donc tort d'invoquer ici cet arrêt.

[93] L'arrêt *Mowat* concernait une décision par laquelle le Tribunal canadien des droits de la personne, statuant sur un litige selon la fonction que lui assigne la *Loi canadienne sur les droits de la personne* [L.R.C. (1985), ch. H-6], avait adjugé des dépens à la plaignante à l'issue d'une procédure contradictoire. La question en litige dans cette affaire était l'interprétation donnée par le Tribunal de dispositions de ladite loi. Les juges LeBel et Cromwell ont conclu que, selon l'arrêt *Dunsmuir*, les décisions des tribunaux statuant sur un litige commandaient normalement la déférence pour ce qui concerne l'interprétation de leurs lois habilitantes. Appliquant donc la norme de la décision raisonnable, ils ont en fin de compte conclu au caractère intenable de l'interprétation donnée par le Tribunal de sa loi habilitante. On voit donc que cet arrêt n'étaye pas non plus la position du ministre, puisqu'il s'appliquait à un tribunal qui statuait à l'égard d'un litige.

[94] Quant à l'arrêt *Smith*, il visait une décision d'adjudication de frais rendue par un comité d'arbitrage constitué en vertu de la partie V de la *Loi sur l'Office national de l'énergie*, L.R.C. (1985), ch. N-7. La question en litige dans cette affaire touchait à l'interprétation donnée par le comité d'arbitrage du terme « frais » que contient le paragraphe 99(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 7, art. 25(F)] de cette loi. Le juge Fish a statué au nom de la majorité que, comme le comité d'arbitrage interprétait sa loi habilitante, il découlait des principes formulés dans l'arrêt *Dunsmuir* que sa décision devait être contrôlée suivant la norme de la décision raisonnable. Cette

... in fixing the costs that must be paid by expropriating parties, the Committee has been expressly endowed by Parliament with a wide “margin of appreciation within the range of acceptable and rational solutions” (*Dunsmuir*, at para. 47): the only costs that must be awarded under s. 99(1) are those “determined by the Committee to have been reasonably incurred” [emphasis in original]. This statutory language reflects a legislative intention to vest in Arbitration Committees sole responsibility for determining the nature and the amount of the costs to be awarded in the disputes they are bound under the NEBA to resolve. [Emphasis added.]

[95] The analytical framework and the presumption set out in *Dunsmuir* have been recently described as follows by Justice Fish in *Nor-Man Regional Health Authority Inc. v. Manitoba Association of Health Care Professionals*, above, at paragraphs 35 and 36:

An administrative tribunal’s decision will be reviewable for correctness if it raises a constitutional issue, a question of “general law ‘that is both of central importance to the legal system as a whole and outside the adjudicator’s specialized area of expertise’”, or a “true question of jurisdiction or *vires*”. It will be reviewable for correctness as well if it involves the drawing of jurisdictional lines between two or more competing specialized tribunals (*Dunsmuir*, at paras. 58–61; *Smith*, at para. 26; *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77 (“*Toronto City*”), at para. 62, per LeBel J.).

The standard of reasonableness, on the other hand, normally prevails where the tribunal’s decision raises issues of fact, discretion or policy; involves inextricably intertwined legal and factual issues; or relates to the interpretation of the tribunal’s enabling (or “home”) statute or “statutes closely connected to its function, with which it will have particular familiarity” (*Dunsmuir*, at paras. 51 and 53–54; *Smith*, at para. 26).

[96] This analytical framework and this presumption must be understood in the context in which they were developed: they concern adjudicative tribunals. The presumption is derived from the past jurisprudence which had extensively considered the standard of review applicable to the decisions of such tribunals. By empowering an administrative tribunal to adjudicate a matter between parties, Parliament is presumed to have

conclusion se fondait sur l’intention du législateur, comme l’explique le paragraphe 31 de l’arrêt *Smith* :

[...] le législateur a expressément laissé au comité une grande marge d’appréciation lui permettant « d’opter pour l’une ou l’autre des différentes solutions rationnelles acceptables » lorsqu’il est appelé à fixer les frais que les autorités expropriantes doivent payer (*Dunsmuir*, par. 47). Les seuls frais qui peuvent être accordés en vertu du par. 99(1) sont ceux « que le comité estime avoir été entraînés par l’exercice du recours » [souligné dans l’original]. Le texte de la loi traduit la volonté du législateur de confier en exclusivité aux comités d’arbitrage la responsabilité de déterminer la nature et le montant des frais à accorder dans les litiges qu’ils sont tenus de trancher aux termes de la LONE. [Non souligné dans l’original.]

[95] Le juge Fish a récemment exposé comme suit, aux paragraphes 35 et 36 de l’arrêt *Nor-Man Regional Health Authority Inc. c. Manitoba Association of Health Care Professionals*, précité, le cadre d’analyse et la présomption découlant de l’arrêt *Dunsmuir* :

La décision d’un tribunal administratif est assujettie à la norme de la décision correcte si elle soulève une question constitutionnelle; une question de « droit générale “à la fois, d’une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangère au domaine d’expertise de l’arbitre” »; une « question touchant véritablement à la compétence »; ou une question portant sur la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents (*Dunsmuir*, par. 58–61; *Smith*, par. 26; *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77 (« *Toronto (Ville)* »), par. 62, le juge LeBel).

En revanche, la norme de la raisonabilité l’emporte généralement lorsque la décision du tribunal administratif touche aux faits, au pouvoir discrétionnaire ou à la politique; lorsque les faits et le droit s’entrelacent et ne peuvent être facilement dissociés; ou lorsque le tribunal administratif interprète sa propre loi constitutive ou une « loi étroitement liée à son mandat et dont il a une connaissance approfondie » (*Dunsmuir*, par. 51 et 53–54; *Smith*, par. 26).

[96] Il faut replacer ce cadre d’analyse et cette présomption dans le contexte où ils ont été établis : ils s’appliquent aux tribunaux administratifs qui statuent à l’égard d’un litige. La présomption découle de la jurisprudence antérieure, qui avait examiné de manière approfondie la question de la norme de contrôle applicable aux décisions de tels tribunaux. Il est présumé que, en conférant à un tribunal administratif le pouvoir de

restricted judicial review of that tribunal's interpretation of its enabling statute and of statutes closely connected to its adjudicative functions. That presumption may however be rebutted if it can be found that Parliament's intent is inconsistent with the presumption.

[97] The Minister is inviting this Court to expand the above-described *Dunsmuir* analytical framework and presumption to all administrative decision makers who are responsible for the administration of a federal statute. I do not believe that *Dunsmuir* and the decisions of the Supreme Court of Canada which followed *Dunsmuir* stand for this proposition.

[98] What the Minister is basically arguing is that the interpretation of the SARA and of the *Fisheries Act* favoured by his Department and by the government's central agencies, such as the Department of Justice, should prevail. The Minister thus seeks to establish a new constitutional paradigm under which the Executive's interpretation of Parliament's laws would prevail insofar as such interpretation is not unreasonable. This harks back to the time before the Bill of Rights of 1688 where the Crown reserved the right to interpret and apply Parliament's laws to suit its own policy objectives. It would take a very explicit grant of authority from Parliament in order for this Court to reach such a far-reaching conclusion.

[99] The issues in this appeal concern the interpretation of a statute by a minister who is not acting as an adjudicator and who thus has no implicit power to decide questions of law. Of course, the Minister must take a view on what the statute means in order to act. But this is not the same as having a power delegated by Parliament to decide questions of law. The presumption of deference resulting from *Dunsmuir*, which was reiterated in *Alberta Teachers' Association*, at paragraphs 34 and 41, does not extend to these circumstances. The standard of review analysis set out at paragraphs 63 and 64 of *Dunsmuir* must thus be carried out in the circumstances of this case in order to ascertain Parliament's intent.

statuer sur des différends selon une procédure contradictoire, le législateur a restreint le contrôle judiciaire dont est susceptible l'interprétation que donne ce tribunal de sa loi habilitante et des lois étroitement liées à son mandat juridictionnel. Il est cependant possible de réfuter cette présomption en établissant son incompatibilité avec l'intention du législateur.

[97] Le ministre invite notre Cour à étendre le cadre analytique et la présomption de l'arrêt *Dunsmuir* tels que formulés plus haut à l'ensemble des décideurs administratifs chargés de l'application d'une loi fédérale. Or je ne pense pas que ce principe puisse se déduire de l'arrêt *Dunsmuir* ni des arrêts postérieurs de la Cour suprême du Canada.

[98] Le ministre soutient, pour l'essentiel, que l'interprétation de la LEP et de la *Loi sur les pêches* à laquelle souscrivent son ministère et les organismes centraux de l'État, tels que le ministère de la Justice, devrait l'emporter. Il tend ainsi à établir un nouveau paradigme constitutionnel selon lequel l'interprétation donnée par l'exécutif des lois du Parlement prévaudrait à condition de ne pas être déraisonnable. Ce nouveau paradigme nous ramènerait à l'époque qui a précédé le Bill of Rights de 1688, où la Couronne se réservait le droit d'interpréter et d'appliquer les lois du Parlement en fonction de ses propres objectifs politiques. Il faudrait que le Parlement adopte des dispositions très explicites dans ce sens pour que notre Cour prononce une conclusion d'une portée aussi considérable.

[99] Les questions en litige dans le présent appel concernent l'interprétation d'une loi par un ministre qui ne statue pas à l'égard d'un litige et qui ne dispose donc pas d'un pouvoir implicite de décider des questions de droit. Bien sûr, le ministre doit se faire une idée de la signification de la loi applicable pour pouvoir agir. Mais cela n'équivaut pas à disposer du pouvoir, délégué par le Parlement, de décider des questions de droit. La présomption de retenue judiciaire découlant de l'arrêt *Dunsmuir*, et réaffirmée aux paragraphes 34 et 41 de l'arrêt *Alberta Teachers' Association*, ne s'applique pas à ce cas. Il faut donc dans la présente affaire effectuer l'analyse relative à la norme de contrôle que prévoient les paragraphes 63 et 64 de l'arrêt *Dunsmuir* afin d'établir l'intention du Parlement.

[100] In other words, does Parliament intend to shield the Minister’s interpretation of the pertinent provisions of the SARA and of the *Fisheries Act* from judicial review on a standard of correctness? On the basis of the standard of review analysis further set out below, I answer in the negative.

*Standard of review analysis*

[101] First, neither the SARA nor the *Fisheries Act* contains a privative clause. This is a strong indication of Parliament’s intent not to shield the Minister’s legal interpretation of these statutes from judicial review.

[102] Second, as provided in section 57 of the SARA, the purpose of section 58 is “to ensure that ... all of the critical habitat is protected”. Hence, under subsection 58(5), the Minister “must” make a protection order to protect identified critical habitat unless that habitat is “legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament”. These are all indications that Parliament has greatly restricted the Minister’s discretion. It would be strange indeed if the Minister’s interpretation of such restrictive legislative language could somehow prevail in order to curtail Parliament’s intent in adopting these provisions. Here again, Parliament’s intent not to shield the Minister’s legal interpretation from judicial review appears clear.

[103] Third, the Minister acts in an administrative capacity, and not as an adjudicator, when preparing and issuing a protection statement under subsection 58(5) of the SARA. The fact that Parliament has not had to set up an independent administrative tribunal to adjudicate legal issues under the SARA—including legal issues resulting from section 58—is a further indication of the legislative intent to empower the courts with authority to adjudicate these issues on a standard of correctness. The question in issue is one of statutory interpretation which the courts are best equipped to answer in the circumstances of this case.

[100] Autrement dit, l’intention du Parlement est-elle de dispenser du contrôle judiciaire suivant la norme de la décision correcte l’interprétation que donne le ministre des dispositions applicables de la LEP et de la *Loi sur les pêches*? Me fondant sur l’analyse relative à la norme de contrôle exposée ci-dessous, je réponds à cette question par la négative.

*Analyse relative à la norme de contrôle*

[101] Premièrement, ni la LEP ni la *Loi sur les pêches* ne contiennent de clause privative. C’est là un signe fort de l’intention du législateur de ne pas mettre à l’abri du contrôle judiciaire l’interprétation juridique de ces lois par le ministre.

[102] Deuxièmement, comme le précise l’article 57 de la LEP, son article 58 a pour objet de « faire en sorte que [...] tout l’habitat essentiel soit protégé ». Par conséquent, aux termes du paragraphe 58(5), le ministre « est tenu » de prendre un arrêté visant à protéger l’habitat essentiel désigné, à moins qu’il ne soit « [protégé] légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime ». Ce sont là autant d’indications que le Parlement a considérablement limité le pouvoir discrétionnaire du ministre. Il serait pour le moins curieux que l’interprétation donnée par le ministre d’un libellé aussi restrictif puisse d’une manière ou d’une autre l’emporter de sorte à contrer l’intention du Parlement qui a adopté ces dispositions. Ici encore, l’intention du Parlement de ne pas mettre l’interprétation juridique du ministre à l’abri du contrôle judiciaire paraît manifeste.

[103] Troisièmement, le ministre ne statue pas à l’égard d’un litige mais remplit plutôt une fonction administrative lorsqu’il élabore et publie une déclaration de protection sous le régime du paragraphe 58(5) de la LEP. Le fait que le Parlement n’ait pas créé un tribunal administratif indépendant pour trancher les questions de droit qui se soulèvent sous le régime de la LEP, notamment de son article 58, est un autre signe de l’intention qu’il avait de conférer aux tribunaux judiciaires le pouvoir de se prononcer sur ces questions suivant la norme de la décision correcte. Le point en litige est une question d’interprétation législative que les tribunaux

[104] Finally, though the Minister—acting on the advice of the officials of the Department of Fisheries and Oceans—can certainly claim expertise in the management of the fisheries and of fish habitat, this does not confer on the Minister expertise in the interpretation of statutes. Expertise in fisheries does not necessarily confer special legal expertise to interpret the statutory provisions of the SARA or of the *Fisheries Act*.

[105] For these reasons, the issues of statutory interpretation raised by this appeal will be reviewed and determined on a standard of correctness.

*Did the Minister err by relying on the provisions of the Fisheries Act and of its regulations in making the Killer Whales Protection Statement?*

*The Minister's position*

[106] The Minister concedes that the protection of the critical habitat of endangered and threatened aquatic species under the SARA is not discretionary. However, the Minister submits that Parliament intended that he be allowed some flexibility as to how to provide that compulsory protection. The Minister further submits that such flexibility would not exist if the conclusions of the Federal Court Judge are upheld by this Court.

[107] The Minister adds that not every instrument relied on in a protection statement need be a “legal provision” which provides mandatory, enforceable protection against the destruction of critical habitat. This alternative approach would give him a large degree of flexibility in determining how that protection should be best provided. This, the Minister submits, is what Parliament intended. Had Parliament intended only a legal prohibition from destruction to protect critical habitat—as it has done for residences and the killing, harming or harassing of individuals—it would

judiciaires sont le plus aptes à décider dans les circonstances de la présente affaire.

[104] Enfin, bien que le ministre des Pêches et des Océans — conseillé par les fonctionnaires de son ministère — puisse certainement faire état d’expertise en matière de gestion des pêches et de l’habitat des poissons, il n’en est pas pour autant pourvu d’expertise dans l’interprétation des lois. Les connaissances halieutiques, en effet, ne confèrent pas nécessairement une expertise juridique spéciale pour interpréter les dispositions de la LEP ou de la *Loi sur les pêches*.

[105] Pour ces motifs, les questions d’interprétation législative que soulève le présent appel seront examinées et tranchées selon la norme de la décision correcte.

*Le ministre a-t-il commis une erreur en invoquant les dispositions de la Loi sur les pêches et de ses règlements d’application dans déclaration de protection visant les épaulards?*

*La position du ministre*

[106] Le ministre admet que la protection de l’habitat essentiel des espèces aquatiques en voie de disparition ou menacées sous le régime de la LEP n’est pas laissée à sa discrétion. Il fait cependant valoir que le législateur avait l’intention de lui accorder une certaine latitude dans le choix des moyens d’assurer cette protection obligatoire. Il soutient en outre que la confirmation par notre Cour des conclusions du juge de la Cour fédérale le priverait de cette latitude.

[107] Il n’est pas nécessaire, ajoute le ministre, que tous les instruments invoqués dans une déclaration de protection soient des [TRADUCTION] « dispositions légales » prévoyant des mesures obligatoires et exécutoires de protection de l’habitat essentiel contre la destruction. Cette approche lui donnerait une considérable marge de manœuvre pour établir les meilleurs moyens d’assurer la protection en question. C’était là, selon le ministre, l’intention du Parlement. Si ce dernier avait envisagé de protéger l’habitat essentiel seulement par une interdiction légale de destruction — comme

not have provided the alternative of a protection statement. Consequently, protection measures relied upon in a protection statement need not be prohibitions from destruction.

[108] The Minister also submits that he is seeking this flexibility not to undercut the protection of critical habitat or to provide protection which is inferior to what would be provided under a prohibition order. Rather, the Minister argues that there are other methods which can protect the critical habitat from destruction. The Minister specifically identifies provisions of the *Fisheries Act* as appropriate alternatives to a protection order. While the Minister recognizes that he has unfettered discretion under the *Fisheries Act* to manage fisheries, “where he has undertaken to comply with the SARA critical habitat protection requirements by reliance on the provisions of the *Fisheries Act*, the discretion will be exercised taking into account that reliance” (appellant’s memorandum, at paragraph 47).

[109] The difficulty I have with the Minister’s position is that it is not compatible with the provisions of the SARA, which clearly require compulsory “legal protection” for all identified critical habitat of listed endangered or threatened aquatic species. If I were to accept the Minister’s position, the compulsory non-discretionary critical habitat protection scheme under the SARA would be effectively replaced by the discretionary management scheme of the *Fisheries Act*. That is not what the SARA provides for.

*Interpretation of the pertinent provisions of the SARA*

[110] The preamble of the SARA recognizes that “the habitat of species at risk is key to their conservation”. In this respect, section 57 of the SARA—which is an interpretative provision—provides that all critical habitat identified in a recovery strategy must be protected within

c’est le cas pour la résidence, ainsi que pour le fait de tuer des individus d’une espèce sauvage, de leur nuire ou de les harceler —, il n’aurait pas prévu la solution de rechange que constitue la déclaration de protection. Par conséquent, il n’est pas nécessaire que les mesures de protection invoquées dans une déclaration de protection soient des interdictions de destruction.

[108] Le ministre affirme en outre que, en voulant s’assurer cette flexibilité, il ne cherche pas à réduire la protection de l’habitat essentiel ni à donner une protection inférieure à celle qu’assurerait un arrêté de protection. C’est plutôt, explique-t-il, qu’il existe d’autres méthodes aptes à protéger l’habitat essentiel contre la destruction. Il cite des dispositions déterminées de la *Loi sur les pêches* comme solutions de rechange légitimes à un arrêté de protection. S’il reconnaît que cette loi lui confère un pouvoir discrétionnaire de gestion des pêches sans restriction, il ajoute que [TRADUCTION] « dans le cas où il se sera engagé à se conformer aux prescriptions de la LEP touchant la protection de l’habitat essentiel au moyen des dispositions de la *Loi sur les pêches*, il exercera son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de cet engagement » (mémoire de l’appelant, au paragraphe 47).

[109] Le problème que soulève la position du ministre est qu’elle n’est pas compatible avec les dispositions de la LEP, qui prévoient clairement l’obligation d’assurer une « protection juridique » à tout l’habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées. Accepter la position du ministre reviendrait à remplacer dans les faits le dispositif non discrétionnaire de protection de l’habitat essentiel de la LEP par le dispositif discrétionnaire de gestion de la *Loi sur les pêches*. Ce n’est pas là ce que prévoit la LEP.

*Interprétation des dispositions applicables de la LEP*

[110] Le préambule de la LEP pose en principe que « l’habitat des espèces en péril est important pour leur conservation ». Aux fins de cette conservation, l’article 57 de la LEP — qui est une disposition d’interprétation — porte que tout l’habitat essentiel désigné au

180 days after the recovery plan is included in the public registry:

Purpose

57. The purpose of section 58 is to ensure that, within 180 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat referred to in subsection 58(1) is included in the public registry, all of the critical habitat is protected by

(a) provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11; or

(b) the application of subsection 58(1).  
[Emphasis added.]

[111] Section 58 of the SARA adds that this protection must be achieved through legally enforceable measures. The pertinent provisions of section 58 read as follows:

Destruction of critical habitat

**58.** (1) Subject to this section, no person shall destroy any part of the critical habitat of any listed endangered species or of any listed threatened species — or of any listed extirpated species if a recovery strategy has recommended the reintroduction of the species into the wild in Canada — if

...

(b) the listed species is an aquatic species;

...

Application

(4) ... subsection (1) applies in respect of the critical habitat or portion of the critical habitat, as the case may be, specified in an order made by the competent minister.

Obligation to make order or statement

(5) Within 180 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat is included in the public registry, the competent minister must, ... with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat ...

(a) make the order referred to in subsection (4) if the critical habitat or any portion of the critical habitat is not legally protected by provisions in, or measures under, this or any

programme de rétablissement doit être protégé dans les 180 jours suivant la mise de celui-ci dans le registre :

Objet

57. L'article 58 a pour objet de faire en sorte que, dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d'action ayant défini l'habitat essentiel visé au paragraphe 58(1), tout l'habitat essentiel soit protégé :

a) soit par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l'article 11;

b) soit par l'application du paragraphe 58(1).  
[Je souligne.]

[111] L'article 58 de la LEP ajoute que cette protection doit être assurée par des mesures légalement contraignantes. Les dispositions pertinentes de cet article sont libellées comme suit :

**58.** (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, il est interdit de détruire un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée — ou comme espèce disparue du pays dont un programme de rétablissement a recommandé la réinsertion à l'état sauvage au Canada :

[...]

b) si l'espèce inscrite est une espèce aquatique;

[...]

Destruction de l'habitat essentiel

Application

(4) Le paragraphe (1) s'applique à l'habitat essentiel ou à la partie de celui-ci [...] selon ce que précise un arrêté pris par le ministre compétent.

Obligation : arrêté ou déclaration

(5) Dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d'action ayant défini l'habitat essentiel, le ministre compétent est tenu, [...]:

a) de prendre l'arrêté visé au paragraphe (4), si l'habitat essentiel ou la partie de celui-ci ne sont pas protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre



other Act of Parliament, including agreements under section 11; or

(b) if the competent minister does not make the order, he or she must include in the public registry a statement setting out how the critical habitat or portions of it, as the case may be, are legally protected. [Emphasis added.]

[112] The proper approach to the interpretation of these statutory provisions consists in determining the intent of Parliament according to a textual, contextual and purposive analysis to find a meaning that is harmonious with the SARA as a whole: *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, 2005 SCC 54, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10; see also *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 S.C.R. 27, at paragraph 21.

[113] The meaning of the word “protect” is defined as follows in the *Canadian Oxford Dictionary*, 2nd edition [Toronto: Oxford University Press, 2004]: “attempt to preserve (a threatened plant or animal species) by legislating against hunting, collecting, etc.”; “restrict by law access to or development of (land) in order to preserve its wildlife or its undisturbed state.” Likewise, the word “protéger” is defined as follows in the *Le Nouveau Petit Robert* [Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006] : “Rendre inefficaces les efforts pour compromettre, faire disparaître (qqch.). → **garantir, sauvegarder**.... Couvrir de manière à intercepter ce qui peut nuire, à mettre à l’abri des chocs, des agents atmosphériques, du regard d’autrui. → **abriter, défendre, garantir, préserver**.”

[114] In view of these dictionary definitions, it can safely be concluded that Parliament’s intent was to avoid interference with and destruction of critical habitat. We are far removed from the concept of critical habitat management advanced by the Minister. Moreover, the juxtaposition of the word “legally” (*légalement*) with the word “protected” (*protégés*) to form the expression

loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l’article 11;

b) s’il ne prend pas l’arrêté, de mettre dans le registre une déclaration énonçant comment l’habitat essentiel ou la partie de celui-ci sont protégés légalement. [Je souligne.]

[112] La méthode à suivre pour interpréter ces dispositions légales consiste à déterminer l’intention du Parlement au moyen d’une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un sens qui s’harmonise avec la LEP dans son ensemble : *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, 2005 CSC 54, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10; voir aussi *Rizzo & Rizzo Shoes Ltd. (Re)*, [1998] 1 R.C.S. 27, au paragraphe 21.

[113] Le terme *protect* (protéger) est défini comme suit dans la 2<sup>e</sup> édition du *Canadian Oxford Dictionary* [Toronto : Oxford University Press, 2004] : « *attempt to preserve (a threatened plant or animal species) by legislating against hunting, collecting, etc.* »; « *restrict by law access to or development of (land) in order to preserve its wildlife or its undisturbed state* » (s’efforcer de préserver (une espèce végétale ou animale menacée) en légiférant contre la chasse, le ramassage, etc.; limiter par la loi l’accès (à des terres) ou l’exploitation (de terres) afin de les maintenir dans leur état originel, ou d’en préserver la faune ou la flore). De même, *Le Nouveau Petit Robert* [Paris : Dictionnaires Le Robert, 2006] donne la définition suivante du verbe « protéger » : « Rendre inefficaces les efforts pour compromettre, faire disparaître (qqch.). → **garantir, sauvegarder** [...] Couvrir de manière à intercepter ce qui peut nuire, à mettre à l’abri des chocs, des agents atmosphériques, du regard d’autrui. → **abriter, défendre, garantir, préserver**. »

[114] On peut déduire sans risque d’erreur de ces définitions lexicographiques que l’intention du législateur était d’éviter la perturbation et la destruction de l’habitat essentiel. Nous sommes là très loin du concept de gestion de l’habitat essentiel mis de l’avant par le ministre. Qui plus est, la juxtaposition des termes « protégés » (*protected*) et « légalement » (*legally*) pour former le

“legally protected” (*protégés légalement*) leaves little ambiguity as to the intent of Parliament: critical habitat must be preserved through legally enforceable measures.

[115] A legal protection scheme is not a regulatory management scheme. Had Parliament’s intent been to authorize the Minister to regulate critical habitat of aquatic species through existing regulatory schemes—such as the *Fisheries Act*—it would not have adopted a provision requiring the compulsory non-discretionary legal protection of that habitat.

[116] This textual analysis is reinforced by a contextual and purposive analysis.

[117] Section 57 of the SARA provides in no uncertain language that the purpose of section 58 is to ensure that all the critical habitat is protected by provisions in, or measures under, an Act of Parliament or by a protection order issued under subsections 58(1) and (4) of the SARA. Surely this is an indication that there must be some equivalence between the two contemplated means of protection. They need not be the same, but surely they must have the same objective. Pursuant to subsection 58(1), the objective of a protection order is to ensure that “no person ... destroy any part of the critical habitat of any listed endangered species or of any listed threatened species ... if ... the listed species is an aquatic species”. Provisions in, or measures under, an Act of Parliament should thus—in principle—achieve the same objective if they are to be resorted to as a substitute to a protection order.

[118] The Minister however cites the reference to “agreements under section 11” found in paragraph 58(5)(a) of the SARA. He concludes from this reference that Parliament’s intent was to allow non-compulsory discretionary measures as alternatives to a protection order. The Minister’s argument, based on this reference, is misguided. Section 11 conservation agreements are simply referred at paragraph 58(5)(a) as examples of alternative measures which may be taken to protect critical habitat from destruction. However, if

syntagme « protégés légalement » (*legally protected*) ne laisse guère planer d’ambiguïté sur l’intention du législateur : l’habitat essentiel doit être préservé au moyen de mesures légalement contraignantes.

[115] Un régime de protection légale n’est pas un système de gestion réglementaire. Si le législateur avait eu l’intention d’autoriser le ministre à réglementer l’habitat essentiel des espèces aquatiques dans le cadre des systèmes existants de réglementation — par exemple celui de la *Loi sur les pêches* —, il n’aurait pas adopté une disposition exigeant la protection légale, obligatoire et non discrétionnaire de cet habitat.

[116] Les analyses contextuelle et téléologique viennent confirmer cette analyse textuelle.

[117] L’article 57 de la LEP dispose sans aucune ambiguïté que son article 58 a pour objet de faire en sorte que tout l’habitat essentiel soit protégé, soit par des dispositions d’une loi fédérale ou une mesure prise sous son régime, soit par la prise d’un arrêté de protection en application des paragraphes 58(1) et (4) de la LEP. Comment ne pas en conclure qu’il doit y avoir une certaine équivalence entre les deux moyens de protection envisagés? On n’exige pas qu’ils soient identiques, mais ils doivent certainement avoir le même objectif. Aux termes du paragraphe 58(1), l’objectif de l’arrêté de protection est d’interdire « de détruire un élément de l’habitat essentiel d’une espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée [...] si l’espèce inscrite est une espèce aquatique ». Les dispositions d’une loi fédérale ou la mesure prise sous son régime qu’on veut invoquer comme solution de rechange à l’arrêté de protection doivent donc — en principe — remplir le même objectif que cet arrêté.

[118] Le ministre invoque cependant les termes « les accords conclus au titre de l’article 11 » de l’alinéa 58(5)a) de la LEP, pour conclure que l’intention du Parlement était de permettre la prise de mesures discrétionnaires et non obligatoires comme solutions de rechange à l’arrêté de protection. L’argument que le ministre fonde sur cette disposition est erroné. L’alinéa 58(5)a) cite les accords de conservation conclus au titre de l’article 11 simplement comme exemples des mesures de rechange à l’arrêté de protection qui peuvent

a section 11 conservation agreement is to constitute a valid alternative to a protection order, it must ensure that the critical habitat is “legally protected” from destruction.

[119] There may be a wide variety of conservation agreements under section 11 of the SARA. Subsection 11(2) identifies agreements providing “measures with respect to (a) monitoring the status of species; (b) developing and implementing education and public awareness programs; (c) developing and implementing recovery strategies, action plans and management plans; (d) protecting the species’ habitat, including its critical habitat; or (e) undertaking research projects in support of recovery efforts for the species”. Only a section 11 conservation agreement under paragraph 11(2)(d) protecting a species critical habitat could qualify under section 58, and only insofar as that agreement legally protects that habitat from destruction through non-discretionary means. Were it otherwise, the Minister could simply “contract himself out” of section 58, which is an absurd proposition.

[120] Sections 74 and 77 of the SARA also support the view that the provisions in, or measures under, an Act of Parliament should achieve the same objective as a protection order if they are to be accepted as a substitute to such an order.

[121] Section 74 of the SARA restricts the authority of a “competent minister”—including the appellant Minister in this case—from entering into an agreement, issuing a permit or licence or making an order under another Act of Parliament—such as the *Fisheries Act*—authorizing a person to engage in an activity “affecting” the critical habitat of a listed wildlife species unless (a) the activity is scientific research relating to the conservation of the species and conducted by qualified persons; (b) the activity benefits the species or is required to enhance its survival; or (c) affecting the species is incidental to the carrying out of the activity: paragraph 74(a) and subsection 73(2) of the SARA.

être prises pour protéger l’habitat essentiel de la destruction. Mais il ne faut pas oublier que pour constituer une solution de rechange valable à l’arrêté de protection, l’accord de conservation conclu au titre de l’article 11 doit faire en sorte que l’habitat essentiel soit « [protégé] légalement » contre la destruction.

[119] Toutes sortes d’accords de conservation peuvent être conclus au titre de l’article 11 de la LEP. Le paragraphe 11(2) dispose qu’un tel accord peut prévoir « des mesures en ce qui concerne : a) le suivi de la situation de l’espèce; b) l’élaboration et la mise en œuvre de programmes d’éducation et de sensibilisation du public; c) l’élaboration et la mise en œuvre de programmes de rétablissement, de plans d’action et de plans de gestion; d) la protection de l’habitat de l’espèce, notamment de son habitat essentiel; e) la mise sur pied de projets de recherche visant à favoriser le rétablissement de l’espèce ». Parmi les accords de conservation conclus au titre de l’article 11, seuls ceux que prévoit l’alinéa 11(2)d), destinés à protéger l’habitat essentiel d’une espèce, peuvent remplir les conditions de l’article 58, et seulement pour autant qu’ils protègent légalement cet habitat contre la destruction par des moyens non discrétionnaires. S’il en était autrement, le ministre pourrait tout simplement se soustraire par contrat à l’application de l’article 58, interprétation qu’il serait absurde d’envisager.

[120] Les articles 74 et 77 de la LEP étayaient aussi le point de vue selon lequel les dispositions d’une loi fédérale ou la mesure prise sous son régime doivent remplir le même objectif que l’arrêté de protection pour être acceptables comme solution de rechange à celui-ci.

[121] L’article 74 de la LEP ne permet au « ministre compétent » — notamment au ministre appelant à la présente instance — de conclure un accord, de délivrer un permis ou une licence, ou de prendre un arrêté en application d’une autre loi fédérale — telle que la *Loi sur les pêches* —, aux fins d’autoriser l’exercice d’une activité « touchant » l’habitat essentiel d’une espèce sauvage inscrite, que s’il s’agit d’une des activités suivantes : a) des recherches scientifiques sur la conservation des espèces menées par des personnes compétentes; b) une activité qui profite à l’espèce ou qui est nécessaire à l’augmentation de ses chances de survie; c) une activité qui ne touche l’espèce que de

[122] Even in such limited circumstances, the agreement may be entered into, or the permit issued, pursuant to section 74 only if the competent minister is of the opinion that all reasonable alternatives have been considered and the best solution has been adopted, measures have been taken to minimize the impact of the activity, and the activity will not jeopardize the survival or recovery of the species: paragraph 74(a) and subsection 73(3) of the SARA.

[123] Moreover, subsection 77(1) of the SARA provides that a person or body—other than a “competent minister”—authorized under any Act of Parliament to issue or approve a licence, a permit or any other authorization for an activity that may result in the destruction of critical habitat of a listed wildlife species may only proceed after consulting the competent minister and considering reasonable alternatives. However, where the critical habitat is subject to section 58—such as the critical habitat of listed endangered or threatened aquatic species—subsection 77(2) of the SARA provides, for greater certainty, that section 58 applies even though such a licence, permit or other authorization has been issued. It is noteworthy that subsection 77(2) refers to section 58 of the SARA as a whole, including both a protection order made under subsections 58(1) and (4), and a protection statement made under paragraph 58(5)(b), thus emphasizing that both measures seek to protect critical habitat from destruction.

[124] It is apparent from the overall structure of the SARA that critical habitat of species subject to section 58—such as listed endangered or threatened aquatic species—cannot be destroyed or detrimentally affected through a permit or other authorization issued in application of section 74 or 77 of the SARA. This is another indication that the purpose of section 58—under a protection order or through statutory provisions or measures identified in a protection statement—is to protect critical

façon incidente : voir l’alinéa 74a) et le paragraphe 73(2) de la LEP.

[122] Et même dans un cadre déjà aussi restreint, l’article 74 ne permet au ministre compétent de conclure l’accord ou de délivrer le permis que s’il estime que toutes les solutions de rechange raisonnables ont été envisagées et que la meilleure solution a été retenue, que toutes les mesures possibles ont été prises afin de réduire au minimum les conséquences négatives de l’activité, et que celle-ci ne mettra pas en péril la survie ou le rétablissement de l’espèce; voir l’alinéa 74a) et le paragraphe 73(3) de la LEP.

[123] En outre, le paragraphe 77(1) de la LEP dispose que toute personne ou tout organisme — autre qu’un ministre compétent — habilité par une loi fédérale à délivrer un permis ou une autre autorisation, ou à y donner son agrément, visant la mise à exécution d’une activité susceptible d’entraîner la destruction d’un élément de l’habitat essentiel d’une espèce sauvage inscrite ne peut le faire que s’il a consulté le ministre compétent et envisagé les solutions de rechange raisonnables. Cependant, si l’habitat essentiel relève de l’article 58 — s’il s’agit par exemple de l’habitat essentiel d’une espèce aquatique inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée —, le paragraphe 77(2) de la LEP dispose qu’il est entendu que l’article 58 est d’application même si l’autorisation en cause a été délivrée. Il est à noter que le paragraphe 77(2) fait référence à l’article 58 dans son ensemble, et donc aussi bien à l’arrêté de protection pris en application des paragraphes 58(1) et (4) qu’à la déclaration de protection établie sous le régime de l’alinéa 58(5)b), soulignant ainsi que ces mesures tendent toutes deux à protéger l’habitat essentiel contre la destruction.

[124] Il ressort à l’évidence de la structure d’ensemble de la LEP que l’habitat essentiel d’une espèce visée à son article 58 — par exemple une espèce aquatique inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée — ne peut être détruit ou subir de conséquences négatives du fait d’un permis ou d’une autre autorisation délivré sous le régime de ses articles 74 ou 77. C’est là une autre indication que l’article 58 a pour objet de protéger l’habitat essentiel contre la destruction — soit

habitat from destruction, including from destruction resulting from activities authorized under federal permits, licences or authorizations issued or entered into under Acts of Parliament.

[125] In conclusion, a textual, contextual and purposive analysis of section 58 of the SARA shows that Parliament is precisely seeking to avoid the destruction of identified critical habitat of listed endangered and threatened aquatic species through any means, including through activities authorized under discretionary permits or licences. Consequently, a provision in, or a measure under, an Act of Parliament only legally protects critical habitat for the purposes of section 58 if that provision or measure prevents the destruction of critical habitat through legally enforceable means which are not subject to ministerial discretion.

*Section 35 of the Fisheries Act*

[126] I will now turn to the *Fisheries Act* to ascertain if the provisions of that statute may be relied upon by the Minister for the purposes of section 58 of the SARA.

[127] Subsection 35(1) of the *Fisheries Act* prohibits any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat. However, subsection 35(2) allows the Minister to authorize the alteration, disruption or destruction of fish habitat under any conditions he deems appropriate. The prohibitions set out in subsection 35(1), when read in conjunction with subsection 35(2), thus constitute a legal means whereby the Minister is enabled to manage and control the alteration, disruption or destruction of fish habitat. In other words, subsection 35(2) allows the Minister to issue a permit to a person to engage in conduct harmful to fish habitat that would otherwise contravene subsection 35(1): *Quebec (Attorney General) v. Moses*, 2010 SCC 17, [2010] 1 S.C.R. 477, at paragraph 49.

au moyen d'un arrêté de protection, soit par l'application de dispositions légales ou de mesures citées dans une déclaration de protection —, y compris contre la destruction qui résulterait d'activités faisant l'objet de permis, de licences ou d'autres autorisations délivrés en vertu de lois fédérales.

[125] L'analyse textuelle, contextuelle et téléologique de l'article 58 de la LEP montre donc que le Parlement cherche précisément à éviter la destruction de l'habitat essentiel désigné des espèces aquatiques inscrites comme espèces en voie de disparition ou menacées d'où que puisse venir cette destruction, y compris d'activités autorisées par des permis ou licences délivrés en vertu d'un pouvoir discrétionnaire. Par conséquent, une disposition d'une loi fédérale ou une mesure prise sous le régime d'une telle loi ne peut protéger légalement l'habitat essentiel aux fins de l'article 58 que si elle en prévient la destruction par des moyens légalement contraignants qui ne relèvent pas d'un pouvoir discrétionnaire ministériel.

*L'article 35 de la Loi sur les pêches*

[126] Je m'appliquerai maintenant à examiner la *Loi sur les pêches* afin d'établir s'il est permis au ministre d'en invoquer les dispositions aux fins de l'article 58 de la LEP.

[127] Le paragraphe 35(1) de la *Loi sur les pêches* interdit d'exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson. Cependant, son paragraphe 35(2) permet au ministre d'autoriser la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson dans les circonstances qui selon lui le justifient. Les interdictions formulées au paragraphe 35(1), conjuguées avec les dispositions du paragraphe 35(2), constituent donc un moyen légal pour le ministre de gérer et de contrôler la détérioration, la destruction ou la perturbation de l'habitat du poisson. Autrement dit, le paragraphe 35(2) habilite le ministre à délivrer des permis autorisant des activités préjudiciables à l'habitat du poisson qui, non ainsi autorisées, enfreindraient le paragraphe 35(1) : *Québec (Procureur général) c. Moses*, 2010 CSC 17, [2010] 1 R.C.S. 477, au paragraphe 49.

[128] The provision reads as follows:

Harmful alteration, etc., of fish habitat

**35.** (1) No person shall carry on any work or undertaking that results in the harmful alteration, disruption or destruction of fish habitat.

Alteration, etc., authorized

(2) No person contravenes subsection (1) by causing the alteration, disruption or destruction of fish habitat by any means or under any conditions authorized by the Minister or under regulations made by the Governor in Council under this Act.

[129] In the Minister’s submission, it “is irrelevant” that subsection 35(2) allows for the alteration, disruption or destruction of fish habitat, since “the mere possibility of a future authorization can not negate the fact that s. 35(1) provides habitat protection”: appellant’s memorandum, at paragraph 51. He adds that “[a]lthough the Minister’s discretion under the *Fisheries Act* is generally very broad, where the Minister has relied on the protections provided by the *Fisheries Act* to meet the requirements of the SARA, that reliance will guide the exercise of discretion to ensure that critical habitat remains protected”: appellant’s memorandum, at paragraph 2.

[130] The Minister reads subsection 35(1) in isolation from subsection 35(2). However, both subsections are closely related and interdependent; they must be read and understood together. There is no dispute that the protection offered fish habitat under subsection 35(1) may be waived at the discretion of the Minister acting under subsection 35(2). Consequently, this provision cannot ensure that the critical habitat of endangered or threatened aquatic species is “legally protected” under the meaning of section 58 of the SARA.

[131] The Minister—through his counsel—states that he intends not to use his discretion under subsection 35(2) of the *Fisheries Act* to authorize the destruction of critical habitat. However, he does not explain how his intent can be legally enforced should he change his

[128] L’article 35 de la *Loi sur les pêches* se lit comme suit :

**35.** (1) Il est interdit d’exploiter des ouvrages ou entreprises entraînant la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson.

Détérioration de l’habitat du poisson, etc.

(2) Le paragraphe (1) ne s’applique pas aux personnes qui détériorent, détruisent ou perturbent l’habitat du poisson avec des moyens ou dans des circonstances autorisés par le ministre ou conformes aux règlements pris par le gouverneur en conseil en application de la présente loi.

Exception

[129] Selon le ministre, il [TRADUCTION] « est dénué de pertinence » que le paragraphe 35(2) permette la détérioration, la destruction ou la perturbation de l’habitat du poisson puisque [TRADUCTION] « la simple possibilité d’une autorisation future n’enlève rien au fait que le paragraphe 35(1) garantit la protection de cet habitat »; voir le paragraphe 51 du mémoire de l’appelant. [TRADUCTION] « S’il est vrai, ajoute-t-il, que le pouvoir discrétionnaire conféré au ministre par la *Loi sur les pêches* est en général très étendu, dans les cas où il aura invoqué les mécanismes de protection prévus dans cette loi pour remplir les exigences de la LEP, cet engagement guidera l’exercice de son pouvoir discrétionnaire de manière à garantir la protection de l’habitat essentiel » : voir le paragraphe 2 du mémoire de l’appelant.

[130] Le ministre interprète le paragraphe 35(1) indépendamment du paragraphe 35(2). Or ces deux paragraphes sont interdépendants et étroitement liés; il faut les lire et les comprendre ensemble. Il n’est pas contesté que le ministre, en vertu du paragraphe 35(2), peut à son gré déroger à la protection de l’habitat du poisson que prévoit le paragraphe 35(1). Par conséquent, ce dernier paragraphe ne peut pas faire en sorte que l’habitat essentiel d’une espèce aquatique en voie de disparition ou menacée soit « [protégé] légalement » au sens de l’article 58 de la LEP.

[131] Le ministre fait valoir par la voix de son avocat qu’il a l’intention de s’abstenir d’exercer le pouvoir discrétionnaire d’autoriser la destruction d’habitats essentiels que lui confère le paragraphe 35(2) de la *Loi sur les pêches*. Cependant, il n’explique pas comment il

mind in the future for some presumably good reason; nor does he explain how his current intent would bind his successors. Intent not to use discretion is not legally enforceable. A mere intent does not ensure that critical habitat is “legally protected” under the meaning of section 58 of the SARA.

*Section 36 of the Fisheries Act*

[132] Section 36 of the *Fisheries Act* is meant to prevent the pollution of water frequented by fish—which includes marine animals—by prohibiting any person from depositing deleterious substances of any type in such water or in any place under any conditions where the deleterious substances may enter such water. However, subsection 36(4) of the *Fisheries Act* allows for the deposit of wastes, pollutants and deleterious substances in such waters or places in a quantity or concentration and under the conditions authorized by regulation made by the Governor in Council under any Act of Parliament or under subsection 36(5) of the *Fisheries Act*.

[133] The pertinent provisions of section 36 of the *Fisheries Act* read as follows:

**36. ...**

Deposit of deleterious substance prohibited

(3) Subject to subsection (4), no person shall deposit or permit the deposit of a deleterious substance of any type in water frequented by fish or in any place under any conditions where the deleterious substance or any other deleterious substance that results from the deposit of the deleterious substance may enter any such water.

Deposits authorized by regulation

(4) No person contravenes subsection (3) by depositing or permitting the deposit in any water or place of

serait possible d’obtenir juridiquement l’exécution de son intention dans le cas où il changerait plus tard d’avis pour un motif que nous supposons valable, ni non plus comment son intention actuelle lierait ses successeurs. L’intention de ne pas faire usage d’un pouvoir discrétionnaire n’est pas légalement contraignante. Une simple intention ne suffit pas à garantir que l’habitat essentiel sera « [protégé] légalement » au sens de l’article 58 de la LEP.

*L’article 36 de la Loi sur les pêches*

[132] L’article 36 de la *Loi sur les pêches* vise à prévenir la pollution des eaux où vivent des poissons — auxquels sont assimilés les autres animaux marins — en interdisant d’immerger ou de rejeter une substance nocive dans de telles eaux, ou en quelque autre lieu si le risque existe que cette substance ou toute autre substance nocive provenant de son immersion ou rejet pénètre dans ces eaux. Cependant, le paragraphe 36(4) de la même loi permet d’immerger ou de rejeter dans les eaux ou lieux en cause les déchets, polluants et substances nocives désignés par des règlements que le gouverneur en conseil aura pris en application de toute loi fédérale ou du paragraphe 36(5) de la *Loi sur les pêches*, pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales et les degrés de concentration, qui y sont fixées soient respectées.

[133] Les dispositions applicables de l’article 36 de la *Loi sur les pêches* sont les suivantes :

**36. [...]**

(3) Sous réserve du paragraphe (4), il est interdit d’immerger ou de rejeter une substance nocive — ou d’en permettre l’immersion ou le rejet — dans des eaux où vivent des poissons, ou en quelque autre lieu si le risque existe que la substance ou toute autre substance nocive provenant de son immersion ou rejet pénètre dans ces eaux.

Dépôt de substances nocives prohibé

(4) Par dérogation au paragraphe (3), il est permis d’immerger ou de rejeter :

Immersion permise par règlement

(a) waste or pollutant of a type, in a quantity and under conditions authorized by regulations applicable to that water or place made by the Governor in Council under any Act other than this Act; or

(b) a deleterious substance of a class, in a quantity or concentration and under conditions authorized by or pursuant to regulations applicable to that water or place or to any work or undertaking or class thereof, made by the Governor in Council under subsection (5).

Regulations  
for  
authorizing  
certain  
deposits

(5) The Governor in Council may make regulations for the purpose of paragraph (4)(b) prescribing

(a) the deleterious substances or classes thereof authorized to be deposited notwithstanding subsection (3);

(b) the waters or places or classes thereof where any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited;

(c) the works or undertakings or classes thereof in the course or conduct of which any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) are authorized to be deposited;

(d) the quantities or concentrations of any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) that are authorized to be deposited;

(e) the conditions or circumstances under which and the requirements subject to which any deleterious substances or classes thereof referred to in paragraph (a) or any quantities or concentrations of those deleterious substances or classes thereof are authorized to be deposited in any waters or places or classes thereof referred to in paragraph (b) or in the course or conduct of any works or undertakings or classes thereof referred to in paragraph (c); and

a) les déchets ou les polluants désignés par les règlements applicables aux eaux ou lieux en cause pris par le gouverneur en conseil en application d'une autre loi, pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales, qui y sont fixées soient respectées;

b) les substances nocives des catégories désignées ou prévues par les règlements applicables aux eaux ou lieux en cause, ou aux ouvrages ou entreprises ou à leurs catégories, pris par le gouverneur en conseil en application du paragraphe (5), pourvu que les conditions, notamment les quantités maximales et les degrés de concentration, qui y sont fixées soient respectées.

(5) Pour l'application de l'alinéa (4)b), le gouverneur en conseil peut, par règlement, déterminer :

Règlements  
d'application  
de l'al. (4)b)

a) les substances ou catégories de substances nocives dont l'immersion ou le rejet sont autorisés par dérogation au paragraphe (3);

b) les eaux et les lieux ou leurs catégories où l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés;

c) les ouvrages ou entreprises ou catégories d'ouvrages ou d'entreprises pour lesquels l'immersion ou le rejet des substances ou des catégories de substances visées à l'alinéa a) sont autorisés;

d) les quantités ou les degrés de concentration des substances ou des catégories de substances visées à l'alinéa a) dont l'immersion ou le rejet sont autorisés;

e) les conditions, les quantités, les exigences préalables et les degrés de concentration autorisés pour l'immersion ou le rejet des substances ou catégories de substances visées à l'alinéa a) dans les eaux et les lieux visés à l'alinéa b) ou dans le cadre des ouvrages ou entreprises visés à l'alinéa c);



(f) the persons who may authorize the deposit of any deleterious substances or classes thereof in the absence of any other authority, and the conditions or circumstances under which and requirements subject to which those persons may grant the authorization.

[134] The principal regulations made under subsection 36(5) of the *Fisheries Act* are the *Metal Mining Effluent Regulations*, SOR/2002-222, and the *Pulp and Paper Effluent Regulations*, SOR/92-269.

[135] The *Metal Mining Effluent Regulations* allow the deposit of mining effluent that contain deleterious substances into waters frequented by fish insofar as (a) the concentration of the deleterious substance in the effluent does not exceed the authorized limits set out in the regulations; (b) the pH of the effluent is equal to or greater than 6.0 but is not greater than 9.5; and (c) the deleterious substance is not an acutely lethal effluent. The authorization is subject to numerous conditions set out in the Regulations and which concern in particular environmental effects monitoring, effluent monitoring, and reporting.

[136] The *Pulp and Paper Effluent Regulations* allow, for the purpose of paragraph 36(4)(b) of the *Fisheries Act*, the deposit in any water or place—up to certain prescribed maxima—of any matter that consumes oxygen dissolved in water and of suspended solids by

(a) the owner or operator of a pulp or paper mill: paragraph 6(1)(a) [as am. by SOR/2004-109, s. 2] and section 14 [as am. *idem*, s. 12; 2008-239, s. 3(E)];

(b) the owner or operator of a facility that treats effluent from a pulp or paper mill and who is specifically so authorized: subsection 6(2) [as am. by SOR/2004-109, s. 2], paragraphs 15(1)(c) [as am. *idem*, s. 12] and (d) [as am. *idem*], subsections 16(4) [as am. *idem*] and 18(1) [as am. *idem*, s. 14] and section 21;

f) les personnes habilitées à autoriser l’immersion ou le rejet de substances ou de catégories de substances nocives en l’absence de toute autre autorité et les conditions et exigences attachées à l’exercice de ce pouvoir.

[134] Les principaux règlements pris en application du paragraphe 36(5) de la *Loi sur les pêches* sont le *Règlement sur les effluents des mines de métaux*, DORS/2002-222, et le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*, DORS/92-269.

[135] Le *Règlement sur les effluents des mines de métaux* permet le rejet d’effluents miniers contenant des substances nocives dans des eaux où vivent des poissons si les conditions suivantes sont réunies : a) la concentration des substances nocives dans l’effluent ne dépasse pas les limites fixées dans ce règlement; b) le pH de l’effluent est égal ou supérieur à 6,0 mais ne dépasse pas 9,5; et c) la substance nocive n’est pas un effluent à létalité aiguë. L’autorisation de rejet est subordonnée à de nombreuses autres conditions que prévoit le Règlement, concernant en particulier les études de suivi des effets sur l’environnement, le suivi de l’effluent et l’établissement de rapports.

[136] Le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers* permet, pour l’application de l’alinéa 36(4)(b) de la *Loi sur les pêches*, le rejet ou l’immersion dans des eaux ou en un autre lieu — selon des limites quantitatives déterminées — de matières qui consomment l’oxygène dissous dans l’eau et de matières en suspension par :

a) le propriétaire ou l’exploitant d’une fabrique de pâtes et papiers : alinéa 6(1)(a) [mod. par DORS/2004-109, art. 2] et article 14 [mod., *idem*, art. 12; 2008-239, art. 3(A)];

b) le propriétaire ou l’exploitant d’une installation qui traite l’effluent d’une fabrique de pâtes et papiers, si l’immersion ou le rejet est expressément autorisé : paragraphe 6(2) [mod. par DORS/2004-109, art. 2], alinéas 15(1)(c) [mod., *idem*, art. 12] et (d) [mod., *idem*], paragraphes 16(4) [mod., *idem*] et 18(1) [mod., *idem*, art. 14] et article 21;

(c) the owner and operator of a pulp or paper mill that treats waste water in addition to its own effluent, that commenced operations before November 3, 1971, and who is specifically so authorized: paragraphs 6(1)(b) [as am. *idem*, s. 2] and 15(1)(a) [as am. *idem*, s. 12], subsections 16(1) [as am. *idem*] and 18(1) [as am. *idem*, s. 14] and section 19 [as am. *idem*, s. 15; 2008-239, s. 5(E)];

(d) the owner or operator of a pulp or paper mill that commenced operations before November 3, 1971, who has since that date treated effluent from the production of dissolving grade sulphite pulp, and who is specifically so authorized: paragraphs 6(1)(b) and 15(1)(b) [as am. *idem*, s. 4], subsections 16(2) [as am. by SOR/2004-109, s. 12] and 18(1), and section 20 [as am. *idem*, s. 15; 2008-239, s. 6(E)];

(e) the Port Alberni Mill: sections 33 [as am. by SOR/2004-109, s. 18] and 34 [as am. *idem*].

There are also numerous conditions set out in the regulations concerning monitoring and reporting.

[137] The Federal Court Judge ruled that section 36 of the *Fisheries Act* could not be relied on by the Minister for the purposes of a protection statement under section 58 of the SARA. He based this ruling on his conclusion that though this section “prohibits the deposit of a deleterious substance into water frequented by fish [it] allows for the authorization of such deposits through regulation at Cabinet’s discretion”: reasons, at paragraph 325. I am unable to agree with that ruling.

[138] Compliance with subsection 36(3) of the *Fisheries Act* may not be waived by the Minister through a licence, permit or other authorization, nor may the Minister authorize derogations from the *Metal Mining Effluent Regulations* or the *Pulp and Paper Effluent Regulations*. Measures under this section and these regulations are legally enforceable and are not subject to ministerial discretion. This section and the regulations made under it thus provide for compulsory, non-discretionary and legally enforceable measures.

c) le propriétaire ou l’exploitant d’une fabrique de pâtes et papiers qui traite des eaux usées en plus de son propre effluent et qui a été mise en exploitation avant le 3 novembre 1971, sous réserve d’autorisation expresse : alinéas 6(1)(b) [mod., *idem*, art. 2] et 15(1)(a) [mod., *idem*, art. 12], paragraphes 16(1) [mod., *idem*] et 18(1) [mod., *idem*, art. 14], et article 19 [mod. *idem*, art. 15; 2008-239, art. 5(A)];

d) le propriétaire ou l’exploitant d’une fabrique de pâtes et papiers mise en exploitation avant le 3 novembre 1971 et qui traite l’effluent provenant de la production de pâte au bisulfite pour transformation chimique depuis cette date, sous réserve d’autorisation expresse : alinéas 6(1)(b) et 15(1)(b) [mod., *idem*, art. 4], paragraphes 16(2) [mod. par DORS/2004-109, art. 12] et 18(1), et article 20 [mod., *idem*, art. 15; 2008-239, art. 6(A)];

e) la fabrique de Port Alberni : articles 33 [mod. par DORS/2004-109, art. 18] et 34 [mod., *idem*].

Ce règlement prévoit aussi de nombreuses conditions relatives aux études de suivi et à l’établissement de rapports.

[137] Le juge de la Cour fédérale a statué qu’il n’était pas permis au ministre d’invoquer l’article 36 de la *Loi sur les pêches* aux fins de l’établissement d’une déclaration de protection sous le régime de l’article 58 de la LEP, se fondant sur sa conclusion que cet article « interdit de rejeter une substance nocive dans des eaux où vivent des poissons, mais [...] prévoit qu’il est permis de procéder à de tels rejets par voie réglementaire à la discrétion du Cabinet »; voir le paragraphe 325 des motifs. Je ne puis le suivre à cet égard.

[138] Le ministre ne peut permettre de dérogations au paragraphe 36(3) de la *Loi sur les pêches* au moyen d’une licence, d’un permis ou d’une autre autorisation, pas plus qu’il ne peut permettre de dérogations au *Règlement sur les effluents des mines de métaux* ou au *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers*. Les mesures prises sous le régime de ce paragraphe et de ces règlements sont légalement contraignantes et ne sont pas soumises au pouvoir discrétionnaire du ministre. Ce paragraphe et ses dispositions réglementaires d’application garantissent donc

[139] Like most other regulatory provisions, regulations made under section 36 of the *Fisheries Act* may be adopted or amended from time to time. The fact a statutory provision or a regulatory provision may be eventually modified does not entail that it may not be relied upon by the Minister for the purposes of subsection 58(5) of the SARA. Were it otherwise, the Minister could rely on no statutory or regulatory provision. This is not what subsection 58(5) of the SARA provides. There is a fundamental difference between a non-discretionary and legally enforceable regulation and a discretionary ministerial licensing scheme.

[140] In a given case, the combined operation of section 36 of the *Fisheries Act* and of the regulations made under that section may afford protection from destruction for critical habitat. Indeed, the limits set out in the *Metal Mining Effluent Regulations* and the *Pulp and Paper Effluent Regulations* are legally enforceable and may, in appropriate circumstances, be viewed as protecting critical habitat. Where this is the case, section 36 and its regulations may afford a particular endangered or threatened species the legal protection mandated by section 58 of the SARA. In such appropriate cases, these provisions may be relied upon as ensuring that critical habitat is “legally protected” under section 58 of the SARA. Consequently, in appropriate circumstances, section 36 of the *Fisheries Act* and its regulations may be relied upon in a protection statement made under paragraph 58(5)(b) of the SARA.

[141] However, in this case, there is no evidence in the record before this Court showing whether the pollution controls set out in these regulations protect from destruction the critical habitat of the concerned killer whale populations. Therefore, there was no basis in these proceedings upon which the Federal Court Judge could have determined whether the Minister’s reliance on section 36 of the *Fisheries Act* could have been

des mesures obligatoires, non discrétionnaires et légalement contraignantes.

[139] Comme la plupart des autres dispositions réglementaires, les dispositions d’application de l’article 36 de la *Loi sur les pêches* sont adoptées selon les besoins et peuvent être modifiées s’il y a lieu. Le fait qu’une disposition légale ou réglementaire risque d’être un jour ou l’autre modifiée n’a pas pour conséquence d’interdire au ministre de l’invoquer pour l’application du paragraphe 58(5) de la LEP. S’il en allait autrement, le ministre ne pourrait invoquer aucune disposition légale ou réglementaire. Ce n’est pas là ce que prévoit le paragraphe 58(5). Il y a une différence fondamentale entre une réglementation non discrétionnaire et légalement contraignante, et un système discrétionnaire d’autorisation ministérielle.

[140] Il peut arriver que l’effet conjugué de l’article 36 de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d’application garantisse la protection de l’habitat essentiel contre la destruction. En effet, les limites fixées dans le *Règlement sur les effluents des mines de métaux* et le *Règlement sur les effluents des fabriques de pâtes et papiers* sont légalement contraignantes et peuvent, quand les conditions nécessaires sont réunies, être considérés comme protégeant l’habitat essentiel. Si ces conditions sont remplies, l’article 36 et ses règlements d’application peuvent assurer à une espèce déterminée en voie de disparition ou menacée la protection légale qu’exige l’article 58 de la LEP, et il est permis de les invoquer comme garanties que l’habitat essentiel est « [protégé] légalement » sous le régime de cet article. Par conséquent, lorsque les circonstances le justifient, il est permis d’invoquer ledit article 36 de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d’application dans une déclaration de protection établie sous le régime de l’alinéa 58(5)b) de la LEP.

[141] Cependant, dans la présente affaire, aucun élément du dossier dont dispose notre Cour ne tend à répondre à la question de savoir si les mécanismes anti-pollution prévus par ces règlements protégeraient contre la destruction l’habitat essentiel des populations d’épaulards en cause. Par conséquent, il n’y avait rien dans la présente affaire sur quoi le juge de la Cour fédérale aurait pu se fonder pour établir si le ministre aurait eu la faculté

justified in light of the provisions of section 58 of the SARA.

[142] Consequently, to the extent that the Federal Court Judge’s declaration impedes the Minister from relying, in appropriate cases, on section 36 of the *Fisheries Act* and its regulations for the purposes of a protection statement made under paragraph 58(1)(b) of the SARA, it cannot stand. However, in light of the evidentiary record before us and the nature of these proceedings, we need not decide if the Minister’s reliance on this provision met the requirements of section 58 of the SARA in this case.

#### *The regulation of fisheries*

[143] In the Killer Whales Protection Statement, the Minister relied on the existing fishery management scheme adopted under the *Fisheries Act*. The Minister submits that the existing salmon fishery management scheme offers adequate protection to ensure the availability of salmon prey for the concerned killer whale populations.

[144] In his memorandum, the Minister cites, for this purpose, section 22 of the *Fishery (General) Regulations*; sections 51 to 60 [s. 58 (as am. by SOR/2010-270, s. 11)] and Schedule VI of the *Pacific Fisheries Regulations, 1993*, SOR/93-54; and sections 42 to 50 [ss. 45 (as am. by SOR/2001-156, s. 10(E)), 46 (as am. by SOR/2002-380, s. 7(E)), 48 (as am. by SOR/2001-156, s. 11), 49 (as am. by SOR/2002-380, s. 8(E))] and Schedule VI of the *British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996*, SOR/96-137. These regulations, in the Minister’s view, are measures taken under an Act of Parliament which “legally protect” critical habitat within the meaning of section 58 of the SARA.

[145] Section 22 of the *Fishery (General) Regulations* empowers the Minister to specify, at his discretion, licence conditions for the proper management and control of fisheries and for the conservation and protection of fish. Sections 51 to 60 and Schedule VI of the *Pacific*

d’invoquer l’article 36 de la *Loi sur les pêches* dans le cadre des dispositions de l’article 58 de la LEP.

[142] En conséquence, dans la mesure où elle interdit au ministre d’invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l’article 36 de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d’application aux fins de l’établissement d’une déclaration de protection sous le régime de l’alinéa 58(1)(b) de la LEP, la conclusion déclaratoire du juge de la Cour fédérale ne peut être confirmée. Cependant, étant donné la preuve produite devant notre Cour et la nature de la présente instance, nous n’avons pas à décider si l’article 58 de la LEP permettait en l’occurrence au ministre d’invoquer cet article de la *Loi sur les pêches*.

#### *La réglementation des pêches*

[143] Le ministre a invoqué dans la déclaration de protection visant les épaulards le système existant de gestion des pêches adopté dans le cadre de la *Loi sur les pêches*. Il soutient que le système existant de gestion de la pêche au saumon suffit à assurer la disponibilité du saumon comme proie pour les populations d’épaulards en question.

[144] Le ministre cite dans son mémoire, à l’appui de cette affirmation, l’article 22 du *Règlement de pêche (dispositions générales)*; les articles 51 à 60 [art. 58 (mod. par DORS/2010-270, art. 11)] et l’annexe VI du *Règlement de pêche du Pacifique (1993)*, DORS/94-54; ainsi que les articles 42 à 50 [art. 45 (mod. par DORS/2001-156, art. 10(A)), 46 (mod. par DORS/2002-380, art. 7(A)), 48 (mod. par DORS/2001-156, art. 11), 49 (mod. par DORS/2002-380, art. 8(A))] et l’annexe VI du *Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique*, DORS/96-137. Ces dispositions réglementaires, selon le ministre, constituent des mesures prises sous le régime d’une loi fédérale qui « prot[è]ge[n]t légalement » l’habitat essentiel au sens de l’article 58 de la LEP.

[145] L’article 22 du *Règlement de pêche (dispositions générales)* confère au ministre le pouvoir d’assortir à son gré les permis de conditions visant à assurer une gestion et une surveillance judicieuses des pêches, ainsi que la conservation et la protection du poisson. Les

*Fisheries Regulations, 1993*, and sections 42 to 50 and Schedule VI of the *British Columbia Sport Fishing Regulations, 1996* respectively outline a management regime for commercial and sports salmon fisheries in Pacific Ocean waters and in British Columbia.

[146] The Minister's reliance on these regulations is misguided. These regulations do not seek to prohibit the destruction of salmon prey as an element of critical habitat. Rather, they provide the framework for the management of the Pacific salmon fisheries under a highly discretionary ministerial licensing scheme.

[147] Subsection 7(1) of the *Fisheries Act* gives the Minister "absolute discretion" to issue fishing licences, while paragraph 22(1)(a) of the *Fishery (General) Regulations* allows the Minister to specify in a licence the quantities of fish that are permitted to be taken. These are very broad discretionary powers: *Comeau's Sea Foods Ltd. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1997] 1 S.C.R. 12; *Carpenter Fishing Corp. v. Canada*, [1998] 2 F.C. 548 (C.A.), at paragraph 37.

[148] This Court should not approve the substitution of the non-discretionary and compulsory critical habitat protection scheme of section 58 of the SARA by the discretionary fisheries management scheme established under the *Fisheries Act* and its regulations.

[149] The protection of critical habitat should not be confused with the management of critical habitat. The SARA calls for both the protection of critical habitat under section 58 and for management measures to ensure the recovery of that habitat through action plans and other methods.

[150] As held in *Environmental Defence*, critical habitat connotes both a location—in this case the areas identified in the recovery strategy and illustrated in the maps attached to these reasons—and the attributes of that location—in this case the availability of salmon

articles 51 à 60 et l'annexe VI du *Règlement de pêche du Pacifique (1993)* définissent un régime de gestion de la pêche commerciale au saumon dans le Pacifique, et les articles 42 à 50 et l'annexe VI du *Règlement de 1996 de pêche sportive de la Colombie-Britannique* font de même pour la pêche sportive au saumon en Colombie-Britannique.

[146] Le ministre n'est pas fondé à invoquer ces dispositions réglementaires. Ces dispositions n'ont pas pour objet d'interdire la destruction du saumon en tant que proie de l'espèce en péril et élément de son habitat essentiel. Elles établissent plutôt les bases de la gestion de la pêche au saumon dans le Pacifique dans le cadre d'un système d'autorisation ministérielle hautement discrétionnaire.

[147] Le paragraphe 7(1) de la *Loi sur les pêches* dispose que le ministre peut « à discrétion » délivrer des permis de pêche, et l'alinéa 22(1)a) du *Règlement de pêche (dispositions générales)* l'habilite à spécifier sur de tels permis les quantités de poissons qui peuvent être prises. Ce sont là des pouvoirs discrétionnaires très étendus : voir *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12; et *Carpenter Fishing Corp. c. Canada*, [1998] 2 C.F. 548 (C.A.), au paragraphe 37.

[148] Notre Cour ne peut avaliser le remplacement du régime non discrétionnaire et obligatoire de protection de l'habitat essentiel que définit l'article 58 de la LEP par le système discrétionnaire de gestion des pêches établi dans le cadre de la *Loi sur les pêches* et de ses règlements d'application.

[149] Il faut éviter de confondre la protection et la gestion de l'habitat essentiel. La LEP exige à la fois la protection de l'habitat essentiel dans le cadre de son article 58 et la prise de mesures de gestion propres à assurer le rétablissement de cet habitat, par exemple sous la forme de plans d'action.

[150] Comme il a été posé en principe dans l'arrêt *Environmental Defence*, la notion d'habitat essentiel recouvre aussi bien un espace géographique — en l'occurrence les zones définies dans le programme de rétablissement et représentées sur les cartes ci-annexées

prey in those areas. Section 58 requires that the salmon prey in those identified areas be protected from destruction. SARA also requires that management measures be taken outside those areas to ensure the recovery of that critical habitat, i.e. improving the availability of salmon prey in the areas. These management measures can be provided for in action plans under sections 47 to 54 [s. 49 (as am. by S.C. 2005, c. 2, s. 22)] of the SARA or through licence conditions adopted under section 75 of the SARA.

[151] Though the Minister is justified to pursue management measures to improve salmon prey availability for the concerned killer whale populations, he cannot use these management measures as a substitute for the mandatory protection of such prey within the critical habitat areas identified in the recovery strategy, as required under section 58 of the SARA.

### Conclusions

[152] For the reasons set out above, declaration 1(d) found in the judgment of the Federal Court Judge should be upheld save insofar as, for the purposes of section 58 of the SARA, it impedes the Minister from relying, in appropriate cases, on section 36 of the *Fisheries Act* and the regulations adopted under that section. I would therefore allow this appeal to that extent only, and consequently quash in part declaration 1(d) of the Federal Court's judgment. Giving the judgment which should have been given, I would therefore replace that declaration with the following:

Ministerial discretion does not legally protect critical habitat within the meaning of section 58 of the *Species at Risk Act*, and it was unlawful for the Minister to have cited provisions of the *Fisheries Act* in the Killer Whales Protection Statement where such provisions are subject to ministerial discretion.

— que les caractéristiques de cet espace — en l'occurrence la disponibilité de saumon comme proie dans ces zones. L'article 58 exige que soit protégé contre la destruction le saumon pouvant servir de proie à l'espèce en péril dans ces zones désignées. La LEP exige aussi la prise de mesures de gestion à l'extérieur de ces zones afin d'assurer le rétablissement de l'habitat essentiel, c'est-à-dire d'accroître la disponibilité du saumon comme proie dans lesdites zones. Ces mesures de gestion peuvent revêtir la forme de plans d'action dressés en application des articles 47 à 54 [art. 49 (mod. par L.C. 2005, ch. 2, art. 22)] de la LEP, ou de l'adjonction, en vertu de son article 75, de conditions aux autorisations ministérielles.

[151] Quoique le ministre soit fondé de prendre des mesures de gestion propres à accroître la disponibilité de saumon comme proie pour les populations d'épaulards en question, ces mesures ne sont pas des substituts à la protection légalement contraignante dont doit bénéficier cette proie dans les limites des aires de l'habitat essentiel désignées par le programme de rétablissement, tel que l'exige l'article 58 de la LEP.

### Conclusions

[152] Pour ces motifs, la conclusion déclaratoire 1d) formulée dans le jugement du juge de la Cour fédérale devrait être confirmée sauf dans la mesure où, pour l'application de l'article 58 de la LEP, elle interdirait au ministre d'invoquer, dans les cas qui le justifieraient, l'article 36 de la *Loi sur les pêches* et ses règlements d'application. En conséquence, j'accueillerais le présent appel sous ce seul rapport et j'annulerais partiellement la conclusion déclaratoire susdite, laquelle, rendant le jugement qui aurait dû être rendu, je remplacerais par la suivante :

Le pouvoir discrétionnaire ministériel ne protège pas légalement l'habitat essentiel au sens de l'article 58 de la *Loi sur les espèces en péril*, et il était illégal de la part du ministre de citer dans la déclaration de protection visant les épaulards des dispositions de la *Loi sur les pêches* pour autant qu'elles sont tributaires dudit pouvoir discrétionnaire ministériel.

[153] The respondents have been largely successful in this appeal. I would therefore award costs to the respondents.

NADON J.A.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

[153] Les intimés ayant en grande partie obtenu gain de cause dans le présent appel, je leur accorderais les dépens.

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

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

#### APPENDIX A

Pertinent provisions of the *Species at Risk Act*, S.C. 2002, c. 29

Preamble

Recognizing that

Canada's natural heritage is an integral part of our national identity and history,

wildlife, in all its forms, has value in and of itself and is valued by Canadians for aesthetic, cultural, spiritual, recreational, educational, historical, economic, medical, ecological and scientific reasons,

Canadian wildlife species and ecosystems are also part of the world's heritage and the Government of Canada has ratified the United Nations Convention on the Conservation of Biological Diversity,

providing legal protection for species at risk will complement existing legislation and will, in part, meet Canada's commitments under that Convention,

the Government of Canada is committed to conserving biological diversity and to the principle that, if there are threats of serious or irreversible damage to a wildlife species, cost-effective measures to prevent the reduction or loss of the species should not be postponed for a lack of full scientific certainty,

...

#### ANNEXE A

Dispositions pertinentes de la *Loi sur les espèces en péril*, L.C. 2002, ch. 29

Attendu :

Préambule

que le patrimoine naturel du Canada fait partie intégrante de notre identité nationale et de notre histoire;

que les espèces sauvages, sous toutes leurs formes, ont leur valeur intrinsèque et sont appréciées des Canadiens pour des raisons esthétiques, culturelles, spirituelles, récréatives, éducatives, historiques, économiques, médicales, écologiques et scientifiques;

que les espèces sauvages et les écosystèmes du Canada font aussi partie du patrimoine mondial et que le gouvernement du Canada a ratifié la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique;

que l'attribution d'une protection juridique aux espèces en péril complétera les textes législatifs existants et permettra au Canada de respecter une partie des engagements qu'il a pris aux termes de cette convention;

que le gouvernement du Canada s'est engagé à conserver la diversité biologique et à respecter le principe voulant que, s'il existe une menace d'atteinte grave ou irréversible à une espèce sauvage, le manque de certitude scientifique ne soit pas prétexte à retarder la prise de mesures efficaces pour prévenir sa disparition ou sa décroissance;

[...]

	knowledge of wildlife species and ecosystems is critical to their conservation,	que la connaissance des espèces sauvages et des écosystèmes est essentielle à leur conservation;	
	the habitat of species at risk is key to their conservation	que l'habitat des espèces en péril est important pour leur conservation;	
	...	[...]	
Definitions	<b>2.</b> (1) The definitions in this subsection apply in this Act.	<b>2.</b> (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.	Définitions
	...		
"aquatic species" « espèce aquatique »	"aquatic species" means a wildlife species that is a fish, as defined in section 2 of the <i>Fisheries Act</i> , or a marine plant, as defined in section 47 of that Act.	« espèce aquatique » Espèce sauvage de poissons, au sens de l'article 2 de la <i>Loi sur les pêches</i> , ou de plantes marines, au sens de l'article 47 de cette loi.	« espèce aquatique » "aquatic species"
	...		
"competent minister" « ministre compétent »	"competent minister" means (a) the Minister responsible for the Parks Canada Agency with respect to individuals in or on federal lands administered by that Agency;  (b) the Minister of Fisheries and Oceans with respect to aquatic species, other than individuals mentioned in paragraph (a); and  (c) the Minister of the Environment with respect to all other individuals.	« espèce disparue du pays » Espèce sauvage qu'on ne trouve plus à l'état sauvage au Canada, mais qu'on trouve ailleurs à l'état sauvage.  « espèce en péril » Espèce sauvage disparue du pays, en voie de disparition, menacée ou préoccupante.  « espèce en voie de disparition » Espèce sauvage qui, de façon imminente, risque de disparaître du pays ou de la planète.  « espèce menacée » Espèce sauvage susceptible de devenir une espèce en voie de disparition si rien n'est fait pour contrer les facteurs menaçant de la faire disparaître.	« espèce disparue du pays » "extirpated species"  « espèce en péril » "species at risk"  « espèce en voie de disparition » "endangered species"  « espèce menacée » "threatened species"
	...		
"critical habitat" « habitat essentiel »	"critical habitat" means the habitat that is necessary for the survival or recovery of a listed wildlife species and that is identified as the species' critical habitat in the recovery strategy or in an action plan for the species.	« espèce préoccupante » Espèce sauvage qui peut devenir une espèce menacée ou une espèce en voie de disparition par l'effet cumulatif de ses caractéristiques biologiques et des menaces signalées à son égard.	« espèce préoccupante » "species of special concern"
	...		
"endangered species" « espèce en voie de disparition »	"endangered species" means a wildlife species that is facing imminent extirpation or extinction.	[...]	
	...		
"extirpated species" « espèce disparue du pays »	"extirpated species" means a wildlife species that no longer exists in the wild in Canada, but exists elsewhere in the wild.	« habitat » a) S'agissant d'une espèce aquatique, les frayères, aires d'alevinage, de croissance et d'alimentation et routes migratoires dont sa survie dépend, directement ou indirectement, ou aires où elle s'est déjà trouvée et où il est possible de la réintroduire;	« habitat » "habitat"



“habitat” « <i>habitat</i> »	<p>“habitat” means</p> <p>(a) in respect of aquatic species, spawning grounds and nursery, rearing, food supply, migration and any other areas on which aquatic species depend directly or indirectly in order to carry out their life processes, or areas where aquatic species formerly occurred and have the potential to be reintroduced; and</p> <p>(b) in respect of other wildlife species, the area or type of site where an individual or wildlife species naturally occurs or depends on directly or indirectly in order to carry out its life processes or formerly occurred and has the potential to be reintroduced.</p> <p>...</p>	<p>b) s’agissant de toute autre espèce sauvage, l’aire ou le type d’endroit où un individu ou l’espèce se trouvent ou dont leur survie dépend directement ou indirectement ou se sont déjà trouvés, et où il est possible de les réintroduire.</p> <p>[...]</p>	
“Minister” « <i>ministre</i> »	<p>“Minister” means the Minister of the Environment.</p> <p>...</p>	<p>« ministre » Le ministre de l’Environnement.</p>	<p>« habitat essentiel » “critical habitat”</p> <p>[...]</p> <p>« ministre » “Minister”</p>
“residence” « <i>résidence</i> »	<p>“residence” means a dwelling-place, such as a den, nest or other similar area or place, that is occupied or habitually occupied by one or more individuals during all or part of their life cycles, including breeding, rearing, staging, wintering, feeding or hibernating.</p> <p>...</p>	<p>« ministre compétent »</p> <p>a) En ce qui concerne les individus présents dans les parties du territoire domanial dont la gestion relève de l’Agence Parcs Canada, le ministre responsable de celle-ci;</p> <p>b) en ce qui concerne les espèces aquatiques dont les individus ne sont pas visés par l’alinéa a), le ministre des Pêches et des Océans;</p> <p>c) en ce qui concerne tout autre individu, le ministre de l’Environnement.</p> <p>[...]</p>	<p>« ministre compétent » “competent minister”</p>
“species at risk” « <i>espèce en péril</i> »	<p>“species at risk” means an extirpated, endangered or threatened species or a species of special concern.</p> <p>...</p>	<p>[...]</p>	<p>« résidence » “residence”</p>
“species of special concern” « <i>espèce préoccupante</i> »	<p>“species of special concern” means a wildlife species that may become a threatened or an endangered species because of a combination of biological characteristics and identified threats.</p> <p>...</p>	<p>« résidence » Gîte — terrier, nid ou autre aire ou lieu semblable — occupé ou habituellement occupé par un ou plusieurs individus pendant tout ou partie de leur vie, notamment pendant la reproduction, l’élevage, les haltes migratoires, l’hivernage, l’alimentation ou l’hibernation.</p> <p>[...]</p>	
“threatened species” « <i>espèce menacée</i> »	<p>“threatened species” means a wildlife species that is likely to become an endangered species if nothing is done to reverse the factors leading to its extirpation or extinction.</p> <p>...</p>	<p>[...]</p>	

Competent minister	(3) A reference to a competent minister in any provision of this Act is to be read as a reference to the competent minister in respect of the wildlife species, or the individuals of the wildlife species, to which the provision relates.	(3) La mention de ministre compétent dans une disposition de la présente loi vaut celle du ministre compétent à l'égard d'une espèce sauvage, ou des individus d'une telle espèce, auxquels la disposition s'applique.	Ministre compétent
	...	[...]	
Binding on Her Majesty	5. This Act is binding on Her Majesty in right of Canada or a province.	5. La présente loi lie Sa Majesté du chef du Canada ou d'une province.	Obligation de Sa Majesté
	...	[...]	
Purposes	6. The purposes of this Act are to prevent wildlife species from being extirpated or becoming extinct, to provide for the recovery of wildlife species that are extirpated, endangered or threatened as a result of human activity and to manage species of special concern to prevent them from becoming endangered or threatened.	6. La présente loi vise à prévenir la disparition — de la planète ou du Canada seulement — des espèces sauvages, à permettre le rétablissement de celles qui, par suite de l'activité humaine, sont devenues des espèces disparues du pays, en voie de disparition ou menacées et à favoriser la gestion des espèces préoccupantes pour éviter qu'elles ne deviennent des espèces en voie de disparition ou menacées.	Objet
	...	[...]	
Responsibility of Minister	8. (1) The Minister is responsible for the administration of this Act, except in so far as this Act gives responsibility to another minister.	8. (1) Sous réserve des dispositions de la présente loi conférant une responsabilité particulière à un autre ministre, le ministre est responsable de l'application de la présente loi.	Responsabilité du ministre
	...	[...]	
Conservation agreements — species at risk	11. (1) A competent minister may, after consultation with every other competent minister, and with the Canadian Endangered Species Conservation Council or any of its members if he or she considers it appropriate to do so, enter into a conservation agreement with any government in Canada, organization or person to benefit a species at risk or enhance its survival in the wild.	11. (1) Après consultation de tout autre ministre compétent et, s'il l'estime indiqué, du Conseil canadien pour la conservation des espèces en péril ou de tout membre de celui-ci, le ministre compétent peut conclure avec un gouvernement au Canada, une organisation ou une personne un accord de conservation qui est bénéfique pour une espèce en péril ou qui améliore ses chances de survie à l'état sauvage.	Accord de conservation : espèce en péril
Contents	(2) The agreement must provide for the taking of conservation measures and any other measures consistent with the purposes of this Act, and may include measures with respect to	(2) L'accord doit prévoir des mesures de conservation et d'autres mesures compatibles avec l'objet de la présente loi, et peut prévoir des mesures en ce qui concerne :	Contenu de l'accord
	(a) monitoring the status of the species;  (b) developing and implementing education and public awareness programs;	a) le suivi de la situation de l'espèce;  b) l'élaboration et la mise en oeuvre de programmes d'éducation et de sensibilisation du public;	

	(c) developing and implementing recovery strategies, action plans and management plans;	c) l'élaboration et la mise en oeuvre de programmes de rétablissement, de plans d'action et de plans de gestion;	
	(d) protecting the species' habitat, including its critical habitat; or	d) la protection de l'habitat de l'espèce, notamment son habitat essentiel;	
	(e) undertaking research projects in support of recovery efforts for the species.	e) la mise sur pied de projets de recherche visant à favoriser le rétablissement de l'espèce.	
	...	[...]	
Killing, harming, etc., listed wildlife species	<b>32.</b> (1) No person shall kill, harm, harass, capture or take an individual of a wildlife species that is listed as an extirpated species, an endangered species or a threatened species.	<b>32.</b> (1) Il est interdit de tuer un individu d'une espèce sauvage inscrite comme espèce disparue du pays, en voie de disparition ou menacée, de lui nuire, de le harceler, de le capturer ou de le prendre.	Abattage, harcèlement, etc.
Possession, collection, etc.	(2) No person shall possess, collect, buy, sell or trade an individual of a wildlife species that is listed as an extirpated species, an endangered species or a threatened species, or any part or derivative of such an individual.	(2) Il est interdit de posséder, de collectionner, d'acheter, de vendre ou d'échanger un individu — notamment partie d'un individu ou produit qui en provient — d'une espèce sauvage inscrite comme espèce disparue du pays, en voie de disparition ou menacée.	Possession, achat, etc.
Deeming	(3) For the purposes of subsection (2), any animal, plant or thing that is represented to be an individual, or a part or derivative of an individual, of a wildlife species that is listed as an extirpated species, an endangered species or a threatened species is deemed, in the absence of evidence to the contrary, to be such an individual or a part or derivative of such an individual.	(3) Pour l'application du paragraphe (2), tout animal, toute plante ou toute chose présentée comme un individu — notamment partie d'un individu ou produit qui en provient — d'une espèce sauvage inscrite comme espèce disparue du pays, en voie de disparition ou menacée est réputée, sauf preuve contraire, être tel individu, telle partie ou tel produit.	Présomption
Damage or destruction of residence	<b>33.</b> No person shall damage or destroy the residence of one or more individuals of a wildlife species that is listed as an endangered species or a threatened species, or that is listed as an extirpated species if a recovery strategy has recommended the reintroduction of the species into the wild in Canada.	<b>33.</b> Il est interdit d'endommager ou de détruire la résidence d'un ou de plusieurs individus soit d'une espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée, soit d'une espèce sauvage inscrite comme espèce disparue du pays dont un programme de rétablissement a recommandé la réinsertion à l'état sauvage au Canada.	Endommagement ou destruction de la résidence
	...	[...]	
Preparation — endangered or threatened species	<b>37.</b> (1) If a wildlife species is listed as an extirpated species, an endangered species or a threatened species, the competent minister must prepare a strategy for its recovery.	<b>37.</b> (1) Si une espèce sauvage est inscrite comme espèce disparue du pays, en voie de disparition ou menacée, le ministre compétent est tenu d'élaborer un programme de rétablissement à son égard.	Élaboration
	...	[...]	

Commitments to be considered

**38.** In preparing a recovery strategy, action plan or management plan, the competent minister must consider the commitment of the Government of Canada to conserving biological diversity and to the principle that, if there are threats of serious or irreversible damage to the listed wildlife species, cost-effective measures to prevent the reduction or loss of the species should not be postponed for a lack of full scientific certainty.

...

Contents if recovery feasible

**41.** (1) If the competent minister determines that the recovery of the listed wildlife species is feasible, the recovery strategy must address the threats to the survival of the species identified by COSEWIC, including any loss of habitat, and must include

(a) a description of the species and its needs that is consistent with information provided by COSEWIC;

(b) an identification of the threats to the survival of the species and threats to its habitat that is consistent with information provided by COSEWIC and a description of the broad strategy to be taken to address those threats;

(c) an identification of the species' critical habitat, to the extent possible, based on the best available information, including the information provided by COSEWIC, and examples of activities that are likely to result in its destruction;

(c.1) a schedule of studies to identify critical habitat, where available information is inadequate;

(d) a statement of the population and distribution objectives that will assist the recovery and survival of the species, and a general description of the research and management activities needed to meet those objectives;

(e) any other matters that are prescribed by the regulations;

**38.** Pour l'élaboration d'un programme de rétablissement, d'un plan d'action ou d'un plan de gestion, le ministre compétent tient compte de l'engagement qu'a pris le gouvernement du Canada de conserver la diversité biologique et de respecter le principe selon lequel, s'il existe une menace d'atteinte grave ou irréversible à l'espèce sauvage inscrite, le manque de certitude scientifique ne doit pas être prétexte à retarder la prise de mesures efficaces pour prévenir sa disparition ou sa décroissance.

[...]

**41.** (1) Si le ministre compétent conclut que le rétablissement de l'espèce sauvage inscrite est réalisable, le programme de rétablissement doit traiter des menaces à la survie de l'espèce — notamment de toute perte de son habitat — précisées par le COSEPAC et doit comporter notamment :

a) une description de l'espèce et de ses besoins qui soit compatible avec les renseignements fournis par le COSEPAC;

b) une désignation des menaces à la survie de l'espèce et des menaces à son habitat qui soit compatible avec les renseignements fournis par le COSEPAC, et des grandes lignes du plan à suivre pour y faire face;

c) la désignation de l'habitat essentiel de l'espèce dans la mesure du possible, en se fondant sur la meilleure information accessible, notamment les informations fournies par le COSEPAC, et des exemples d'activités susceptibles d'entraîner sa destruction;

c.1) un calendrier des études visant à désigner l'habitat essentiel lorsque l'information accessible est insuffisante;

d) un énoncé des objectifs en matière de population et de dissémination visant à favoriser la survie et le rétablissement de l'espèce, ainsi qu'une description générale des activités de recherche et de gestion nécessaires à l'atteinte de ces objectifs;

e) tout autre élément prévu par règlement;

Engagements applicables

Rétablissement réalisable

	(f) a statement about whether additional information is required about the species; and	f) un énoncé sur l'opportunité de fournir des renseignements supplémentaires concernant l'espèce;	
	(g) a statement of when one or more action plans in relation to the recovery strategy will be completed.	g) un exposé de l'échéancier prévu pour l'élaboration d'un ou de plusieurs plans d'action relatifs au programme de rétablissement.	
	...	[...]	
Proposed recovery strategy	<b>42.</b> (1) Subject to subsection (2), the competent minister must include a proposed recovery strategy in the public registry within one year after the wildlife species is listed, in the case of a wildlife species listed as an endangered species, and within two years after the species is listed, in the case of a wildlife species listed as a threatened species or an extirpated species.	<b>42.</b> (1) Sous réserve du paragraphe (2), le ministre compétent met le projet de programme de rétablissement dans le registre dans l'année suivant l'inscription de l'espèce sauvage comme espèce en voie de disparition ou dans les deux ans suivant l'inscription de telle espèce comme espèce menacée ou disparue du pays.	Projet de programme de rétablissement
First listed wildlife species	(2) With respect to wildlife species that are set out in Schedule 1 on the day section 27 comes into force, the competent minister must include a proposed recovery strategy in the public registry within three years after that day, in the case of a wildlife species listed as an endangered species, and within four years after that day, in the case of a wildlife species listed as a threatened species or an extirpated species.	(2) En ce qui concerne les espèces sauvages inscrites à l'annexe 1 à l'entrée en vigueur de l'article 27, le ministre compétent met le projet de programme de rétablissement dans le registre dans les trois ans suivant cette date dans le cas de l'espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou dans les quatre ans suivant cette date dans le cas de l'espèce sauvage inscrite comme espèce menacée ou disparue du pays.	Liste des espèces en péril originale
Comments	<b>43.</b> (1) Within 60 days after the proposed recovery strategy is included in the public registry, any person may file written comments with the competent minister.	<b>43.</b> (1) Dans les soixante jours suivant la mise du projet dans le registre, toute personne peut déposer par écrit auprès du ministre compétent des observations relativement au projet.	Observations
Finalization of recovery strategy	(2) Within 30 days after the expiry of the period referred to in subsection (1), the competent minister must consider any comments received, make any changes to the proposed recovery strategy that he or she considers appropriate and finalize the recovery strategy by including a copy of it in the public registry.	(2) Dans les trente jours suivant la fin du délai prévu au paragraphe (1), le ministre compétent étudie les observations qui lui ont été présentées, apporte au projet les modifications qu'il estime indiquées et met le texte définitif du programme de rétablissement dans le registre.	Texte définitif du programme de rétablissement
	...	[...]	
Reporting	<b>46.</b> The competent minister must report on the implementation of the recovery strategy, and the progress towards meeting its objectives, within five years after it is included in the public registry and in every subsequent five-year period, until its objectives have been achieved or the species' recovery is no longer feasible. The report must be included in the public registry.	<b>46.</b> Il incombe au ministre compétent d'établir un rapport sur la mise en œuvre du programme de rétablissement et sur les progrès effectués en vue des objectifs qu'il expose, à intervalles de cinq ans à compter de sa mise dans le registre, et ce, jusqu'à ce que ces objectifs soient atteints ou que le rétablissement de l'espèce ne soit plus réalisable. Il met son rapport dans le registre.	Suivi

	<i>Action Plan</i>	<i>Plan d'action</i>	
Preparation	<p><b>47.</b> The competent minister in respect of a recovery strategy must prepare one or more action plans based on the recovery strategy. If there is more than one competent minister with respect to the recovery strategy, they may prepare the action plan or plans together.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>47.</b> Le ministre compétent responsable d'un programme de rétablissement est tenu d'élaborer un ou plusieurs plans d'action sur le fondement de celui-ci. Si plusieurs ministres compétents sont responsables du programme, les plans d'action peuvent être élaborés conjointement par eux.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Élaboration
Contents	<p><b>49.</b> (1) An action plan must include, with respect to the area to which the action plan relates,</p> <p>(a) an identification of the species' critical habitat, to the extent possible, based on the best available information and consistent with the recovery strategy, and examples of activities that are likely to result in its destruction;</p> <p>(b) a statement of the measures that are proposed to be taken to protect the species' critical habitat, including the entering into of agreements under section 11;</p> <p>(c) an identification of any portions of the species' critical habitat that have not been protected;</p> <p>(d) a statement of the measures that are to be taken to implement the recovery strategy, including those that address the threats to the species and those that help to achieve the population and distribution objectives, as well as an indication as to when these measures are to take place;</p> <p>(d.1) the methods to be used to monitor the recovery of the species and its long-term viability;</p> <p>(e) an evaluation of the socio-economic costs of the action plan and the benefits to be derived from its implementation; and</p> <p>(f) any other matters that are prescribed by the regulations.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>49.</b> (1) Le plan d'action comporte notamment, en ce qui concerne l'aire à laquelle il s'applique :</p> <p>a) la désignation de l'habitat essentiel de l'espèce dans la mesure du possible, en se fondant sur la meilleure information accessible et d'une façon compatible avec le programme de rétablissement, et des exemples d'activités susceptibles d'entraîner sa destruction;</p> <p>b) un exposé des mesures envisagées pour protéger l'habitat essentiel de l'espèce, notamment la conclusion d'accords en application de l'article 11;</p> <p>c) la désignation de toute partie de l'habitat essentiel de l'espèce qui n'est pas protégée;</p> <p>d) un exposé des mesures à prendre pour mettre en oeuvre le programme de rétablissement, notamment celles qui traitent des menaces à la survie de l'espèce et celles qui aident à atteindre les objectifs en matière de population et de dissémination, ainsi qu'une indication du moment prévu pour leur exécution;</p> <p>d.1) les méthodes à utiliser pour surveiller le rétablissement de l'espèce et sa viabilité à long terme;</p> <p>e) l'évaluation des répercussions socioéconomiques de sa mise en oeuvre et des avantages en découlant;</p> <p>f) tout autre élément prévu par règlement.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Contenu du plan d'action

Monitoring and reporting	<p><b>55.</b> The competent minister must monitor the implementation of an action plan and the progress towards meeting its objectives and assess and report on its implementation and its ecological and socio-economic impacts five years after the plan comes into effect. A copy of the report must be included in the public registry.</p> <p style="text-align: center;">...</p>	<p><b>55.</b> Cinq ans après la mise du plan d'action dans le registre, il incombe au ministre compétent d'assurer le suivi de sa mise en oeuvre et des progrès réalisés en vue de l'atteinte de ses objectifs. Il l'évalue et établit un rapport, notamment sur ses répercussions écologiques et socioéconomiques. Il met une copie de son rapport dans le registre.</p> <p style="text-align: center;">[...]</p>	Suivi et rapport
Purpose	<p><b>57.</b> The purpose of section 58 is to ensure that, within 180 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat referred to in subsection 58(1) is included in the public registry, all of the critical habitat is protected by</p> <p>(a) provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11; or</p> <p>(b) the application of subsection 58(1).</p>	<p><b>57.</b> L'article 58 a pour objet de faire en sorte que, dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d'action ayant défini l'habitat essentiel visé au paragraphe 58(1), tout l'habitat essentiel soit protégé :</p> <p>a) soit par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l'article 11;</p> <p>b) soit par l'application du paragraphe 58(1).</p>	Objet
Destruction of critical habitat	<p><b>58.</b> (1) Subject to this section, no person shall destroy any part of the critical habitat of any listed endangered species or of any listed threatened species — or of any listed extirpated species if a recovery strategy has recommended the reintroduction of the species into the wild in Canada — if</p> <p>(a) the critical habitat is on federal land, in the exclusive economic zone of Canada or on the continental shelf of Canada;</p> <p>(b) the listed species is an aquatic species; or</p> <p>(c) the listed species is a species of migratory birds protected by the <i>Migratory Birds Convention Act, 1994</i>.</p>	<p><b>58.</b> (1) Sous réserve des autres dispositions du présent article, il est interdit de détruire un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite comme espèce en voie de disparition ou menacée — ou comme espèce disparue du pays dont un programme de rétablissement a recommandé la réinsertion à l'état sauvage au Canada :</p> <p>a) si l'habitat essentiel se trouve soit sur le territoire domanial, soit dans la zone économique exclusive ou sur le plateau continental du Canada;</p> <p>b) si l'espèce inscrite est une espèce aquatique;</p> <p>c) si l'espèce inscrite est une espèce d'oiseau migrateur protégée par la <i>Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs</i>.</p>	Destruction de l'habitat essentiel
Protected areas	<p>(2) If the critical habitat or a portion of the critical habitat is in a national park of Canada named and described in Schedule 1 to the <i>Canada National Parks Act</i>, a marine protected area under the <i>Oceans Act</i>, a migratory bird sanctuary under the <i>Migratory Birds Convention Act, 1994</i> or a national wildlife area under the <i>Canada Wildlife Act</i>, the competent Minister must, within 90 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat is included in</p>	<p>(2) Si l'habitat essentiel ou une partie de celui-ci se trouve dans un parc national du Canada dénommé et décrit à l'annexe 1 de la <i>Loi sur les parcs nationaux du Canada</i>, une zone de protection marine sous le régime de la <i>Loi sur les océans</i>, un refuge d'oiseaux migrateurs sous le régime de la <i>Loi de 1994 sur la convention concernant les oiseaux migrateurs</i> ou une réserve nationale de la faune sous le régime de la <i>Loi sur les espèces sauvages du Canada</i>, le ministre compétent</p>	Zone de protection

	the public registry, publish in the <i>Canada Gazette</i> a description of the critical habitat or portion that is in that park, area or sanctuary.	est tenu, dans les quatre-vingt-dix jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d'action ayant défini l'habitat essentiel, de publier dans la <i>Gazette du Canada</i> une description de l'habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui se trouve dans le parc, la zone, le refuge ou la réserve.	
Application	(3) If subsection (2) applies, subsection (1) applies to the critical habitat or the portion of the critical habitat described in the <i>Canada Gazette</i> under subsection (2) 90 days after the description is published in the <i>Canada Gazette</i> .	(3) Le paragraphe (1) s'applique à l'habitat essentiel ou à la partie de celui-ci visés au paragraphe (2) après les quatre-vingt-dix jours suivant la publication de sa description dans la <i>Gazette du Canada</i> en application de ce paragraphe.	Application
Application	(4) If all of the critical habitat or any portion of the critical habitat is not in a place referred to in subsection (2), subsection (1) applies in respect of the critical habitat or portion of the critical habitat, as the case may be, specified in an order made by the competent minister.	(4) Le paragraphe (1) s'applique à l'habitat essentiel ou à la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2), selon ce que précise un arrêté pris par le ministre compétent.	Application
Obligation to make order or statement	(5) Within 180 days after the recovery strategy or action plan that identified the critical habitat is included in the public registry, the competent minister must, after consultation with every other competent minister, with respect to all of the critical habitat or any portion of the critical habitat that is not in a place referred to in subsection (2),  (a) make the order referred to in subsection (4) if the critical habitat or any portion of the critical habitat is not legally protected by provisions in, or measures under, this or any other Act of Parliament, including agreements under section 11; or  (b) if the competent minister does not make the order, he or she must include in the public registry a statement setting out how the critical habitat or portions of it, as the case may be, are legally protected.	(5) Dans les cent quatre-vingts jours suivant la mise dans le registre du programme de rétablissement ou du plan d'action ayant défini l'habitat essentiel, le ministre compétent est tenu, après consultation de tout autre ministre compétent, à l'égard de l'habitat essentiel ou de la partie de celui-ci qui ne se trouve pas dans un lieu visé au paragraphe (2) :  a) de prendre l'arrêté visé au paragraphe (4), si l'habitat essentiel ou la partie de celui-ci ne sont pas protégés légalement par des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi fédérale, ou une mesure prise sous leur régime, notamment les accords conclus au titre de l'article 11;  b) s'il ne prend pas l'arrêté, de mettre dans le registre une déclaration énonçant comment l'habitat essentiel ou la partie de celui-ci sont protégés légalement.	Obligation : arrêté ou déclaration
	...	[...]	
Powers of competent minister	<b>73.</b> (1) The competent minister may enter into an agreement with a person, or issue a permit to a person, authorizing the person to engage in an activity affecting a listed wildlife species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals.	<b>73.</b> (1) Le ministre compétent peut conclure avec une personne un accord l'autorisant à exercer une activité touchant une espèce sauvage inscrite, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus, ou lui délivrer un permis à cet effet.	Pouvoirs du ministre compétent



Purpose	<p>(2) The agreement may be entered into, or the permit issued, only if the competent minister is of the opinion that</p> <p>(a) the activity is scientific research relating to the conservation of the species and conducted by qualified persons;</p> <p>(b) the activity benefits the species or is required to enhance its chance of survival in the wild; or</p> <p>(c) affecting the species is incidental to the carrying out of the activity.</p>	<p>(2) Cette activité ne peut faire l'objet de l'accord ou du permis que si le ministre compétent estime qu'il s'agit d'une des activités suivantes :</p> <p>a) des recherches scientifiques sur la conservation des espèces menées par des personnes compétentes;</p> <p>b) une activité qui profite à l'espèce ou qui est nécessaire à l'augmentation des chances de survie de l'espèce à l'état sauvage;</p> <p>c) une activité qui ne touche l'espèce que de façon incidente.</p>	Activités visées
Pre-conditions	<p>(3) The agreement may be entered into, or the permit issued, only if the competent minister is of the opinion that</p> <p>(a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the species have been considered and the best solution has been adopted;</p> <p>(b) all feasible measures will be taken to minimize the impact of the activity on the species or its critical habitat or the residences of its individuals; and</p> <p>(c) the activity will not jeopardize the survival or recovery of the species.</p>	<p>(3) Le ministre compétent ne conclut l'accord ou ne délivre le permis que s'il estime que :</p> <p>a) toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'espèce ont été envisagées et la meilleure solution retenue;</p> <p>b) toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'espèce, son habitat essentiel ou la résidence de ses individus;</p> <p>c) l'activité ne mettra pas en péril la survie ou le rétablissement de l'espèce.</p>	Conditions préalables
Explanation in public registry	<p>(3.1) If an agreement is entered into or a permit is issued, the competent minister must include in the public registry an explanation of why it was entered into or issued, taking into account the matters referred to in paragraphs (3)(a), (b) and (c).</p> <p>...</p>	<p>(3.1) Si un accord est conclu ou un permis délivré, le ministre compétent met dans le registre les raisons pour lesquelles l'accord a été conclu ou le permis délivré, compte tenu des considérations mentionnées aux alinéas (3)a) à c).</p> <p>[...]</p>	Raisons dans le registre
Terms and conditions	<p>(6) The agreement or permit must contain any terms and conditions governing the activity that the competent minister considers necessary for protecting the species, minimizing the impact of the authorized activity on the species or providing for its recovery.</p>	<p>(6) Le ministre compétent assortit l'accord ou le permis de toutes les conditions — régissant l'exercice de l'activité — qu'il estime nécessaires pour assurer la protection de l'espèce, minimiser les conséquences négatives de l'activité pour elle ou permettre son rétablissement.</p>	Conditions
Review of agreements and permits	<p>(7) The competent minister must review the agreement or permit if an emergency order is made with respect to the species.</p>	<p>(7) Le ministre compétent est tenu de réviser l'accord ou le permis si un décret d'urgence est pris à l'égard de l'espèce.</p>	Révision des accords et permis

Amendments of agreements and permits	(8) The competent minister may revoke or amend an agreement or a permit to ensure the survival or recovery of a species.	(8) Il peut révoquer ou modifier l'accord ou le permis au besoin afin d'assurer la survie ou le rétablissement d'une espèce.	Modification des accords et permis
Maximum term	(9) No agreement may be entered into for a term longer than five years and no permit may be issued for a term longer than three years.	(9) La durée maximale de validité d'un permis est de trois ans et celle d'un accord, de cinq ans.	Durée de validité
...		[...]	
Competent minister acting under other Acts	74. An agreement, permit, licence, order or other similar document authorizing a person or organization to engage in an activity affecting a listed wildlife species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals that is entered into, issued or made by the competent minister under another Act of Parliament has the same effect as an agreement or permit under subsection 73(1) if	74. A le même effet qu'un accord ou permis visé au paragraphe 73(1) tout accord, tout permis, toute licence ou tout arrêté — ou autre document semblable — conclu, délivré ou pris par le ministre compétent en application d'une autre loi fédérale et ayant pour objet d'autoriser l'exercice d'une activité touchant une espèce sauvage inscrite, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus, si :	Autres lois fédérales : ministres compétents
	(a) before it is entered into, issued or made, the competent minister is of the opinion that the requirements of subsections 73(2) to (6) and (9) are met; and	a) avant la conclusion, la délivrance ou la prise, le ministre compétent estime que les exigences des paragraphes 73(2) à (6) et (9) sont remplies;	
	(b) after it is entered into, issued or made, the competent minister complies with the requirements of subsection 73(7).	b) après la conclusion, la délivrance ou la prise, le ministre compétent se conforme aux exigences du paragraphe 73(7).	
Adding terms and conditions	75. (1) A competent minister may add terms and conditions to protect a listed wildlife species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals to any agreement, permit, licence, order or other similar document authorizing a person to engage in an activity affecting the species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals that is entered into, issued or made by the competent minister under another Act of Parliament.	75. (1) Le ministre compétent peut ajouter des conditions visant la protection d'une espèce sauvage inscrite, de tout élément de son habitat essentiel ou de la résidence de ses individus à tout accord, tout permis, toute licence ou tout arrêté — ou autre document semblable — conclu, délivré ou pris par lui en application d'une autre loi fédérale et ayant pour objet d'autoriser l'exercice d'une activité touchant l'espèce, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus.	Adjonctions de conditions
Amending terms and conditions	(2) A competent minister may also revoke or amend any term or condition in any of those documents to protect a listed wildlife species, any part of its critical habitat or the residences of its individuals.	(2) Il peut aussi annuler ou modifier les conditions d'un tel document pour protéger une espèce sauvage inscrite, tout élément de son habitat essentiel ou la résidence de ses individus.	Modification de conditions

Treaties and  
land claims  
agreements

(3) The competent minister must take into account any applicable provisions of treaty and land claims agreements when carrying out his or her powers under this section.

(3) Pour l'exercice des pouvoirs qui lui sont conférés en vertu du présent article, le ministre compétent prend en compte les dispositions applicables des traités et des accords sur des revendications territoriales.

Traités et  
accords sur  
les  
revendica-  
tions  
territoriales

...

[...]

Licences,  
permits,  
etc., under  
other Acts  
of  
Parliament

77. (1) Despite any other Act of Parliament, any person or body, other than a competent minister, authorized under any Act of Parliament, other than this Act, to issue or approve a licence, a permit or any other authorization that authorizes an activity that may result in the destruction of any part of the critical habitat of a listed wild-life species may enter into, issue, approve or make the authorization only if the person or body has consulted with the competent minister, has considered the impact on the species' critical habitat and is of the opinion that

77. (1) Malgré toute autre loi fédérale, toute personne ou tout organisme, autre qu'un ministre compétent, habilité par une loi fédérale, à l'exception de la présente loi, à délivrer un permis ou une autre autorisation, ou à y donner son agrément, visant la mise à exécution d'une activité susceptible d'entraîner la destruction d'un élément de l'habitat essentiel d'une espèce sauvage inscrite ne peut le faire que s'il a consulté le ministre compétent, s'il a envisagé les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce et s'il estime, à la fois :

Permis  
prévus par  
une autre loi  
fédérale

(a) all reasonable alternatives to the activity that would reduce the impact on the species' critical habitat have been considered and the best solution has been adopted; and

a) que toutes les solutions de rechange susceptibles de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce ont été envisagées, et la meilleure solution retenue;

(b) all feasible measures will be taken to minimize the impact of the activity on the species' critical habitat.

b) que toutes les mesures possibles seront prises afin de minimiser les conséquences négatives de l'activité pour l'habitat essentiel de l'espèce.

Application  
of section  
58

(2) For greater certainty, section 58 applies even though a licence, a permit or any other authorization has been issued in accordance with subsection (1).

(2) Il est entendu que l'article 58 s'applique même si l'autorisation a été délivrée ou l'agrément a été donné en conformité avec le paragraphe (1).

Application  
de  
l'interdiction

...

[...]

General  
exception

83. (1) Subsections 32(1) and (2), section 33, subsections 36(1), 58(1), 60(1) and 61(1), regulations made under section 53, 59 or 71 and emergency orders do not apply to a person who is engaging in

83. (1) Les paragraphes 32(1) et (2), l'article 33, les paragraphes 36(1), 58(1), 60(1) et 61(1), les règlements pris en vertu des articles 53, 59 ou 71 et les décrets d'urgence ne s'appliquent pas à une personne exerçant des activités :

Exceptions  
générales

(a) activities related to public safety, health or national security, that are authorized by or under any other Act of Parliament or activities under the *Health of Animals Act* and the *Plant Protection Act* for the health of animals and plants; or

a) en matière soit de sécurité ou de santé publiques ou de sécurité nationale autorisées sous le régime de toute autre loi fédérale, soit de santé des animaux et des végétaux autorisées sous le régime de la *Loi sur la santé des animaux* et la *Loi sur la protection des végétaux*;

	(b) activities authorized under section 73, 74 or 78 by an agreement, permit, licence, order or similar document.	<i>b)</i> autorisées par un accord, un permis, une licence, un arrêté ou un autre document visé aux articles 73, 74 ou 78.	
Authoriza- tion of activities under other Acts	(2) A power under an Act described in paragraph (1)(a) may be used to authorize an activity prohibited by subsection 32(1) or (2), section 33, subsection 36(1), 58(1), 60(1) or 61(1), a regulation made under section 53, 59 or 71 or an emergency order only if the person exercising the power	(2) Toute activité interdite aux termes des paragraphes 32(1) ou (2), de l'article 33, des paragraphes 36(1), 58(1), 60(1) ou 61(1), des règlements pris en vertu des articles 53, 59 ou 71 ou d'un décret d'urgence peut être autorisée au titre d'une loi visée à l'alinéa (1)a) si la personne qui l'autorise :	Autorisation au titre d'une autre loi
	(a) determines that the activity is necessary for the protection of public safety, health, including animal and plant health, or national security; and	<i>a)</i> conclut qu'elle est nécessaire à la protection de la sécurité ou de la santé publiques — notamment celle des animaux et des végétaux — ou de la sécurité nationale;	
	(b) respects the purposes of this Act to the greatest extent possible.	<i>b)</i> respecte, dans la mesure du possible, l'objet de la présente loi.	
Exceptions — land claims agreements	(3) Subsections 32(1) and (2), section 33, subsections 36(1), 58(1), 60(1) and 61(1) and regulations made under section 53, 59 or 71 do not apply to a person who is engaging in activities in accordance with conservation measures for wildlife species under a land claims agreement.	(3) Les paragraphes 32(1) et (2), l'article 33, les paragraphes 36(1), 58(1), 60(1) et 61(1) et les règlements pris en vertu des articles 53, 59 ou 71 ne s'appliquent pas à une personne exerçant des activités conformes aux régimes de conservation des espèces sauvages dans le cadre d'un accord sur des revendications territoriales.	Exceptions : accords sur des revendica- tions territoriales
Exemptions for permitted activities	(4) Subsections 32(1) and (2), section 33 and subsections 36(1), 58(1), 60(1) and 61(1) do not apply to a person who is engaging in activities that are permitted by a recovery strategy, an action plan or a management plan and who is also authorized under an Act of Parliament to engage in that activity, including a regulation made under section 53, 59 or 71.	(4) Les paragraphes 32(1) et (2), l'article 33, les paragraphes 36(1), 58(1), 60(1) et 61(1) ne s'appliquent pas à une personne exerçant des activités autorisées, d'une part, par un programme de rétablissement, un plan d'action ou un plan de gestion et, d'autre part, sous le régime d'une loi fédérale, notamment au titre d'un règlement pris en vertu des articles 53, 59 ou 71.	Exemptions : activités autorisées
	...	[...]	
	SCHEDULE 1	ANNEXE 1	
	(Subsections 2(1), 42(2) and 68(2)) LIST OF WILDLIFE SPECIES AT RISK	(paragraphes 2(1), 42(2) et 68(2)) LISTE DES ESPÈCES EN PÉRIL	
	...	[...]	
	PART 2	PARTIE 2	
	ENDANGERED SPECIES	ESPÈCES EN VOIE DE DISPARITION	
	...	[...]	

Whale, Killer (*Orcinus orca*) Northeast Pacific southern resident population

*Épaulard population résidente du sud du Pacifique Nord-Est*

...

PART 3

THREATENED SPECIES

...

Whale, Killer (*Orcinus orca*) Northeast Pacific northern resident population

*Épaulard population résidente du nord du Pacifique Nord-Est*

Épaulard (*Orcinus orca*) population résidente du Sud du Pacifique Nord-Est

*Whale, Killer Northeast Pacific southern resident population*

[...]

PARTIE 3

ESPÈCES MENACÉES

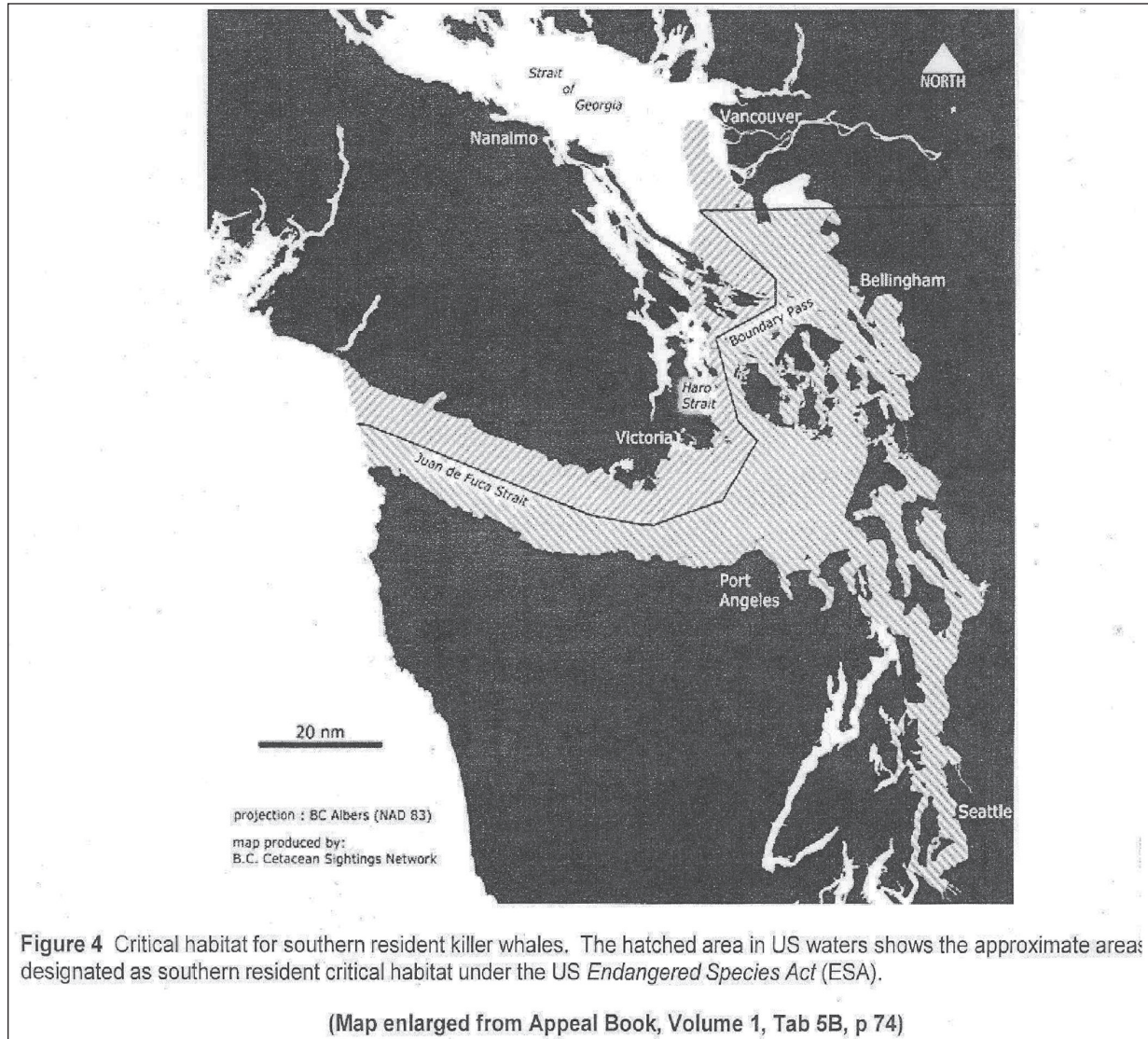
[...]

Épaulard (*Orcinus orca*) population résidente du Nord du Pacifique Nord-Est

*Whale, Killer Northeast Pacific northern resident population*

## APPENDIX B

## ANNEXE B

MAP OF CRITICAL HABITAT FOR SOUTHERN  
RESIDENT KILLER WHALESCARTE DE L'HABITAT ESSENTIEL DES ÉPAU-  
LARDS RÉSIDENTS DU SUD

**Figure 4** Critical habitat for southern resident killer whales. The hatched area in US waters shows the approximate areas designated as southern resident critical habitat under US *Endangered Species Act* (ESA).

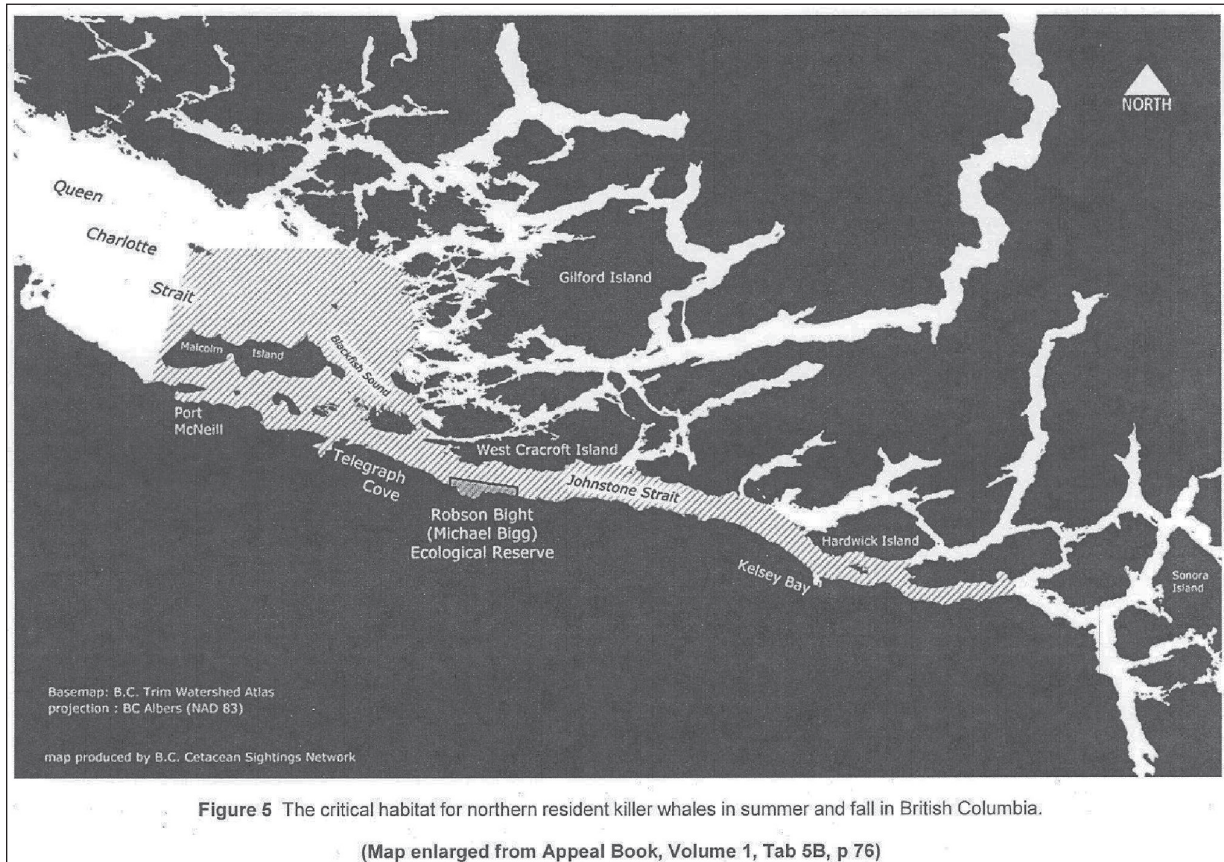
**Figure 4** Habitat essentiel des épaulards résidents du sud. La partie hachurée des eaux américaines représente approximativement les zones désignées par l'*Endangered Species Act* des États-Unis comme formant l'habitat essentiel de cette population d'épaulards.

(Map enlarged from Appeal Book,  
Volume 1, Tab 5B, p 74)

Carte tirée du cahier d'appel  
(volume 1, onglet 5B, page 74) et agrandie

## APPENDIX C

## ANNEXE C

MAP OF CRITICAL HABITAT FOR NORTHERN  
RESIDENT KILLER WHALESCARTE DE L'HABITAT ESSENTIEL DES  
ÉPAULARDS RÉSIDENTS DU NORD

**Figure 5** The critical habitat for northern resident killer whales in summer and fall in British Columbia.

(Map enlarged from Appeal Book,  
Volume 1, Tab 5B, p 76)

**Figure 5** Habitat essentiel estival et automnal des épaulards résidents du nord en Colombie-Britannique.

Carte tirée du cahier d'appel  
(volume 1, onglet 5B, page 76) et agrandie

A-160-10  
2012 FCA 45

A-160-10  
2012 CAF 45

**Bernard Vincent Campbell, Sharle Edward Widenmaier, Lenard Roy Link, and William A. Heidt**  
(*Appellants*)

**Bernard Vincent Campbell, Sharle Edward Widenmaier, Lenard Roy Link et William A. Heidt**  
(*appelants*)

v.

c.

**The Attorney General of Canada and the Minister of National Defence** (*Respondents*)

**Le procureur général du Canada et le ministre de la Défense nationale** (*intimés*)

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

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

Federal Court of Appeal, Pelletier, Evans and Layden-Stevenson J.J.A.—Regina, November 14, 2011; Ottawa, February 9, 2012.

Cour d’appel fédérale, juges Pelletier, Evans et Layden-Stevenson, J.C.A.—Regina, 14 novembre 2011; Ottawa, 9 février 2012.

*Practice — Costs — Appeal from Federal Court order finding respondents entitled to costs up to but not including motion for certification — Appellants filing amended statement of claim, certification motion alleging injury sustained in Canadian Forces — Appellants later obtaining leave to discontinue action before certification — Respondents seeking costs for all steps taken in action — Federal Court acknowledging Federal Courts Rules, r. 334.39(1), “no costs” regime but choosing not to depart from Rules, r. 402, awarding costs — Whether r. 334.39(1) applying when action discontinued prior to certification — Federal Court erring in law — Appellants immune from costs as of date certification motion filed — Correct interpretation of r. 334.39(1) focusing on words “any party to” — “No costs” rule applying as soon as parties to action made parties to certification motion — Such interpretation reducing scope for costs orders to minimum — However, “no costs” rule under r. 334.39(1) not sheltering party’s improper or abusive behaviour — Appeal allowed.*

*Pratique — Frais et dépens — Appel d’une ordonnance de la Cour fédérale concluant que les intimés avaient droit aux dépens jusqu’à la requête en autorisation exclusivement — Les appelants ont déposé une déclaration modifiée, et une requête en autorisation, alléguant qu’ils avaient subi des lésions alors qu’ils étaient dans les Forces canadiennes — Par la suite, les appelants ont été autorisés à se désister avant la requête en autorisation — Les intimés ont cherché à se faire adjuger les dépens relatifs à toutes les mesures prises au cours de l’instance — La Cour fédérale a reconnu que l’art. 334.39(1) des Règles des Cours fédérales établit un régime « sans dépens », mais a décidé de ne pas déroger à l’art. 402 des Règles, et a adjugé les dépens — Il s’agissait de savoir si l’art. 334.39(1) s’appliquait, étant donné que les appelants s’étaient désistés avant d’avoir obtenu l’autorisation — La Cour fédérale a commis une erreur de droit — Les appelants étaient exemptés des dépens à la date du dépôt de la requête en autorisation — L’interprétation correcte de l’art. 334.39(1) insiste sur l’emploi des termes « une partie à » — La règle « sans dépens » s’applique dès que les parties à l’action deviennent des parties à la requête en autorisation — Une telle interprétation réduit au maximum la possibilité que des ordonnances relatives aux dépens soient rendues — Cependant, la règle « sans dépens », aux termes de l’art. 334.39(1), ne couvre pas les comportements inappropriés ou excessifs d’une partie — Appel accueilli.*

This was an appeal from a Federal Court order finding that the respondents were entitled to their costs up to but not including the motion for certification.

Il s’agissait d’un appel d’une ordonnance de la Cour fédérale concluant que les intimés avaient droit aux dépens jusqu’à la requête en autorisation exclusivement.

The appellants filed a statement of claim, which was later amended, and a certification motion alleging that they suffered injury as a result of exposure to chemical and biological

Les appelants ont déposé une déclaration, qui a ultérieurement été modifiée, et une requête en autorisation, alléguant qu’ils ont subi des lésions par suite d’une exposition à des



warfare compounds while members of the Canadian Forces. The respondents filed a motion to strike out the amended statement of claim, which was heard before the appellants' motion for certification. The appellants later obtained leave to discontinue their action, having commenced a proposed class action in the Court of Queen's Bench for Saskatchewan. The respondents brought a motion seeking their costs for all steps taken in the action, arguing that since the action had never been certified as a class proceeding, the normal rule as to costs applied. The Federal Court found, *inter alia*, that subsection 334.39(1) of the *Federal Courts Rules* precludes an award of costs in relation to a motion for certification, and that the exceptions set out thereunder could not be used to award costs with respect to proceedings other than those described. The Federal Court, acknowledging that the Rules incorporate a "no costs" regime in relation to class proceedings, found that a departure from rule 402 of the Rules, which provides that a party against whom an action is discontinued is, unless otherwise ordered, entitled to costs, was not warranted.

At issue was whether subsection 334.39(1) applies when the action prior to certification is discontinued.

*Held*, the appeal should be allowed.

The Federal Court erred in law in awarding costs as it did. The appellants were immune from costs, subject to the exceptions under paragraphs 334.39(1)(a), (b) and (c), as of the date the certification motion was filed.

The intention behind the "no costs" rule was that no costs would be awarded prior to the determination of the common questions. The "no costs" rule must apply early enough in the process to give substantial protection to the representative plaintiffs but not so early as to shelter plaintiffs whose actions never proceed to certification. There are at least two possible interpretations of subsection 334.39(1). The first is that no costs can be awarded with respect to a motion for certification, a class proceeding or an appeal from a class proceeding. According to this interpretation, immunity from costs attaches to the proceedings designated in subsection 334.39(1). The "no costs" rule is given too narrow a scope under this interpretation. A second interpretation of subsection 334.39(1) focuses on the words "any party to" so that costs are not to be awarded against a person who is a party to any of the designated proceedings. In the present case, this interpretation would preclude an order for costs for any steps taken after the date the appellants served and filed their motion for

agents de guerre chimiques et biologiques, alors qu'ils étaient membres des Forces armées canadiennes. Les intimés ont déposé une requête en radiation de la déclaration modifiée des appelants, qui a été entendue avant la requête en autorisation des appelants. Par la suite, les appelants ont obtenu l'autorisation de se désister, ayant introduit une demande de recours collectif devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan. Les intimés ont présenté une requête en vue de se voir adjuger les dépens relatifs à toutes les mesures prises au cours de l'instance, soutenant qu'étant donné que l'action n'avait jamais été autorisée comme recours collectif, la règle habituelle relative aux dépens s'appliquait. La Cour fédérale a conclu, notamment, que le paragraphe 334.39(1) des *Règles des Cours fédérales* exclut une adjudication des dépens en rapport avec une requête en autorisation, et que les exceptions qui y sont énoncées ne pouvaient pas être invoquées pour justifier l'adjudication des dépens à l'égard d'autres procédures. La Cour fédérale, reconnaissant que les Règles établissent un régime « sans dépens » relativement aux recours collectifs, a conclu que rien ne justifiait la non-application de la règle 402 des Règles, qui prévoit qu'une partie contre laquelle l'action faisant l'objet d'un désistement a été engagée a droit, sauf ordonnance contraire de la Cour, aux dépens.

Il s'agissait de savoir si le paragraphe 334.39(1) s'appliquait, étant donné que les appelants s'étaient désistés avant d'avoir obtenu l'autorisation.

*Arrêt* : l'appel doit être accueilli.

La Cour fédérale a commis une erreur de droit en adjugeant les dépens comme elle l'a fait. Les appelants étaient exemptés des dépens, sous réserve des exceptions prévues aux alinéas 334.39(1)a), b) et c), à la date de dépôt de la requête en autorisation.

L'intention, en ce qui concerne la règle « sans dépens », était qu'aucuns dépens ne soient adjugés avant que les questions collectives soient tranchées. La règle « sans dépens » doit s'appliquer suffisamment tôt dans le processus pour offrir une protection substantielle aux représentants des demandeurs, mais pas au point de protéger les demandeurs dans les cas où l'étape de l'autorisation n'est jamais franchie. Au moins deux interprétations du paragraphe 334.39(1) sont possibles. Selon la première, aucuns dépens ne peuvent être adjugés relativement à une requête en autorisation, à un recours collectif ou à un appel découlant d'un recours collectif. Selon cette interprétation, l'exemption des dépens est liée à la procédure désignée dans le paragraphe 334.39(1). Cette interprétation donne une portée trop étroite à la règle « sans dépens ». La seconde interprétation du paragraphe 334.39(1) des Règles insiste sur l'emploi des termes « une partie » pour dire que les dépens ne peuvent être adjugés contre une personne qui est partie à l'une des procédures désignées. En

certification. The construction of subsection 334.39(1) that gives the fullest effect to its intent is to have the “no costs” rule apply as soon as the parties to the action are made parties to the certification motion. While this still leaves room for the possibility of an award of costs in relation to a step undertaken after the issuance of the statement of claim but prior to the filing of the certification motion, the scope for costs orders is reduced to a minimum. To the extent that an expansive interpretation of the “no costs” rule has the potential to shelter a party’s improper or abusive behaviour, paragraphs 334.39(1)(a), (b) and (c) give the option of imposing costs where the conduct of a party justifies such an award.

The order was set aside and the matter returned to the Federal Court for a decision as to whether, in light of paragraph 334.39(1)(a), (b) or (c), an award of costs should be made.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50, s. 37.  
*Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 334.39 (as enacted by SOR/2007-301, s. 7), 402.  
*The Class Actions Act*, S.S. 2001, c. C-12.01, s. 40.

#### CASES CITED

##### CONSIDERED:

*The Consumers’ Association of Canada v. Coca-Cola Bottling Company et al.*, 2007 BCCA 356, 72 B.C.L.R. (4th) 243; *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 (B.C.S.C.); *Edmonds v. Actton Super-Save Gas Stations Ltd.*, 1996 CanLII 4102, 5 C.P.C. (4th) 105 (B.C.S.C.); *Pearson v. Canada*, 2008 FC 1367; *Always Travel Inc. v. Air Canada*, 2004 FC 675, 49 C.B.R. (4th) 1; *McKinnon v. Red Lily Wind Power Limited*, 2011 SKQB 313 (CanLII), 382 Sask. R. 102, 23 C.P.C. (7th) 96.

##### REFERRED TO:

*Schmeiser v. Monsanto Canada Inc.*, 2002 FCA 449, 22 C.P.R. (4th) 455; *Secure Networx Corp. v. KPMG*, 2003 BCCA 227, 180 B.C.L.R. (4th) 317; *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2002 BCCA 442, 216 D.L.R. (4th) 646, 5

l’espèce, cette interprétation rendrait impossible une ordonnance relative aux dépens concernant toute mesure prise après la date à laquelle les appelants ont signifié et déposé leur requête en autorisation. L’interprétation du paragraphe 334.39(1) des Règles permettant de donner pleinement effet à son intention consiste à faire en sorte que la règle « sans dépens » s’applique dès que les parties à l’action deviennent des parties à la requête en autorisation. Bien qu’il reste quand même possible que des dépens soient adjugés relativement à une mesure prise après la production de la déclaration, mais avant le dépôt de la requête en autorisation, on réduit ainsi au maximum la possibilité que des ordonnances relatives aux dépens soient rendues. Dans la mesure où une interprétation large de la règle « sans dépens » risque de favoriser les comportements inappropriés ou excessifs d’une partie, il importe de rappeler que les alinéas 334.39(1)a), b) et c) des Règles donnent à la Cour la possibilité d’adjuger des dépens contre une partie lorsque le comportement de cette dernière le justifie.

L’ordonnance a été annulée, et l’affaire a été renvoyée à la Cour fédérale afin qu’elle établisse si, à la lumière des alinéas 334.39(1)a), b) ou c), des dépens doivent être adjugés.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, art. 37.  
*Loi sur les recours collectifs*, L.S. 2001, ch. C-12.01, art. 40.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2), 334.39 (éditée par DORS/2007-301, art. 7), 402.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*The Consumers’ Association of Canada v. Coca-Cola Bottling Company et al.*, 2007 BCCA 356, 72 B.C.L.R. (4th) 243; *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 (C. supr. C.-B.); *Edmonds v. Actton Super-Save Gas Stations Ltd.*, 1996 CanLII 4102, 5 C.P.C. (4th) 105 (C. supr. C.-B.); *Pearson v. Canada*, 2008 FC 1367; *Always Travel Inc. c. Air Canada*, 2004 CF 675; *McKinnon v. Red Lily Wind Power Limited*, 2011 SKQB 313 (CanLII), 382 Sask. R. 102, 23 C.P.C. (7th) 96.

##### DÉCISIONS CITÉES :

*Schmeiser c. Monsanto Canada Inc.*, 2002 CAF 449; *Secure Networx Corp. v. KPMG*, 2003 BCCA 227, 180 B.C.L.R. (4th) 317; *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2002 BCCA 442, 216 D.L.R. (4th) 646, 5 B.C.L.R. (4th)

B.C.L.R. (4th) 21, 23 C.P.C. (5th) 48; *Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd. v. Englund*, 2007 SKCA 62 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 94, [2007] 9 W.W.R. 434, 299 Sask. R. 298.

21, 23 C.P.C. (5th) 48; *Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd. v. Englund*, 2007 SKCA 62 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 94, [2007] 9 W.W.R. 434, 299 Sask. R. 298.

## AUTHORS CITED

Federal Court of Canada Rules Committee. *Class Proceedings in the Federal Court of Canada: A Discussion Paper*. Ottawa: June 9, 2000.  
Regulatory Impact Analysis Statement, *C. Gaz.* 2001.I.4400.

## DOCTRINE CITÉE

Comité des Règles de la Cour fédérale du Canada. *Le recours collectif en Cour fédérale du Canada : Document de travail*. Ottawa, 9 juin 2000.  
Résumé de l'étude d'impact de la réglementation, *Gaz. C.* 2001.I.4400.

APPEAL from a Federal Court order (2010 FC 279, 95 C.P.C. (6th) 199) finding that the respondents were entitled to their costs, up to but not including the motion for certification. Appeal allowed.

APPEL d'une ordonnance de la Cour fédérale (2010 CF 279) concluant que les intimés avaient droit aux dépens jusqu'à la requête en autorisation exclusivement. Appel accueilli.

## APPEARANCES

*E. F. Anthony Merchant, Q.C.* for appellants.  
*Catherine A. Coughlan* for respondents.

## ONT COMPARU

*E. F. Anthony Merchant, c.r.* pour les appelants.  
*Catherine A. Coughlan* pour les intimés.

## SOLICITORS OF RECORD

*Merchant Law Group LLP*, Regina, for appellants.  
*Deputy Attorney General of Canada* for respondents.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Merchant Law Group LLP*, Regina, pour les appelants.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour les intimés.

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

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

[1] PELLETIER J.A.: The issue in this appeal is the scope of subsection 334.39(1) [as enacted by SOR/2007-301, s. 7] of the *Federal Courts Rules*, SOR/98-106 [r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)] (the Rules), which confers a certain immunity from costs on parties to class proceedings. Madam Justice Hansen of the Federal Court (the motions Judge or the Judge), in a decision reported as *Campbell v. Canada (Attorney General)*, 2010 FC 279, 95 C.P.C. (6th) 199, decided that the defendants, the Attorney General of Canada and the Minister of National Defence (collectively Canada), were entitled to their costs, up to but not including the motion for certification. The issue of costs arose because the action was discontinued before the certification motion was heard. The plaintiffs appeal from this order.

[1] LE JUGE PELLETIER, J.C.A. : Le présent appel porte sur le champ d'application du paragraphe 334.39(1) [édicte par DORS/2007-301, art. 7] des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)] (les Règles), qui accorde sous réserve de certaines exceptions une exemption de dépens aux parties à des recours collectifs. La juge Hansen de la Cour fédérale (la juge des requêtes ou la juge), dans une décision publiée sous l'intitulé *Campbell c. Canada (Procureur général)*, 2010 CF 279, a établi que les défendeurs, le procureur général du Canada et le ministre de la Défense nationale (collectivement le Canada) avaient droit aux dépens jusqu'à la requête en vue de faire autoriser l'instance comme recours collectif exclusivement. La question des dépens a été soulevée parce

[2] For the reasons that follow, I would allow the appeal and return the matter to the motions Judge to determine if, in light of paragraph 334.39(1)(a), (b) or (c) of the Rules, an award of costs should be made.

#### THE FACTS

[3] The appellants, former members of the Canadian Forces, allege that they were exposed to chemical and biological warfare compounds at various locations in Canada between 1940 and 1945. They allege that they suffered injury as a result.

[4] The appellants' statement of claim was issued on November 7, 2006. On May 28, 2007, they served and filed their certification motion with supporting affidavits. At the same time, Canada served and filed a motion to strike out the statement of claim. Cross-examinations on the parties' affidavits took place in October 2007 over a period of some seven days in Saskatoon, Victoria and Montréal.

[5] The hearing of the motion to strike out the statement of claim and the motion for certification was scheduled for December 11 to 14, 2007. The argument with respect to the motion to strike was completed on December 13, 2007, and judgment was reserved. By consent, the argument of the certification motion was adjourned to February 19 to 22, 2008, so as to permit it to be heard in one sitting.

[6] To this point, the proceedings were a model of procedural orderliness. However, from the close of sittings in December 2007 until the eventual discontinuance of the action in January 2009, procedural orderliness gave way to disarray and a duplication of efforts already expended.

[7] In January 2008, in addition to requesting further production of documents, the appellants circulated an

que l'action a fait l'objet d'un désistement avant que soit entendue la requête en autorisation. Les intimés interjettent appel de cette ordonnance.

[2] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais l'appel et je renverrais l'affaire à la juge des requêtes afin qu'elle établisse si, en vertu des alinéas 334.39(1)a), b) ou c) des Règles, il convient d'adjudger les dépens.

#### LES FAITS

[3] Les appelants, ex-membres des Forces armées canadiennes, allèguent qu'ils ont été exposés, à divers endroits au Canada entre 1940 et 1945, à des agents de guerre chimiques et biologiques. Ils allèguent avoir subi des lésions par suite de cette exposition.

[4] La déclaration des appelants a été délivrée le 7 novembre 2006. Le 28 mai 2007, ils ont signifié et déposé leur requête en autorisation ainsi que les affidavits à l'appui. Au même moment, le Canada a signifié et déposé une requête en radiation de la déclaration. Les contre-interrogatoires sur les affidavits des parties se sont déroulés en octobre 2007, sur une période de sept jours, à Saskatoon, à Victoria et à Montréal.

[5] L'audition de la requête en radiation de la déclaration et de la requête en autorisation devait avoir lieu du 11 au 14 décembre 2007. La présentation des arguments relatifs à la requête en radiation s'est terminée le 13 décembre 2007 et la décision a été mise en délibéré. Par consentement, la présentation des arguments relatifs à la requête en autorisation a été ajournée jusqu'à la période du 19 au 22 février 2008 de façon à ce qu'ils puissent être entendus en une seule séance.

[6] Jusqu'à cette étape, l'instance s'est déroulée dans le plus grand respect des règles procédurales. Cependant, de la fin des séances en décembre 2007 jusqu'au désistement de l'action en janvier 2009, le respect des règles procédurales a fait place à la confusion et au doublement du travail accompli jusqu'alors.

[7] En janvier 2008, les appelants ont demandé la production de nouveaux documents et fait circuler une

amended statement of claim that had not yet been filed. At a case management conference in late January, the appellants undertook to file this amended statement of claim. The Court then asked for submissions as to the effect of the amended statement of claim on the motions that were pending before the Court. On January 24, 2008, the Court decided that the amended statement of claim rendered Canada's motion to strike moot, dismissed it, and reserved its decision on the matter of costs.

[8] In early February 2008, Canada served and filed another motion to strike out the appellants' statement of claim, as amended, together with a motion seeking an adjournment of the certification motion. The request for an adjournment of the certification motion was granted. Canada was also granted leave to file new affidavits and to conduct further cross-examination on the appellants' affidavits.

[9] In March 2008, the Court determined that Canada's second motion to strike should be heard before the appellants' motion for certification. The Court also set out a timetable with respect to the certification motion. In April 2008, Canada served the appellants with four affidavits, comprised of 996 pages in total, in support of its motion to strike and in June 2008, it served and filed its motion record for its second motion to strike.

[10] On June 25, 2008, the appellants served Canada with a notice of discontinuance of their action without having obtained leave of the Court. Subsequently, in July 2008, the appellants and others commenced a proposed class action, in relation to substantially the same subject-matter, in the Court of Queen's Bench for Saskatchewan.

[11] On July 15, 2008, the Court ruled that the appellants were required to obtain leave of the Court to discontinue their action. On September 3, 2008, the Court heard argument on the motion for discontinuance and on January 9, 2009, it gave the appellants leave to discontinue their action. The issue of costs remained outstanding.

déclaration modifiée qui n'avait pas encore été déposée. Lors d'une conférence de gestion de l'instance organisée à la fin janvier, les appelants se sont engagés à déposer cette déclaration modifiée. La Cour a ensuite demandé des observations au sujet des répercussions de la déclaration modifiée sur les requêtes en instance devant la Cour. Le 24 janvier 2008, la Cour a décidé que la déclaration modifiée enlevait toute portée pratique à la requête en radiation du Canada, l'a rejetée et a réservé sa décision relativement aux dépens.

[8] Au début février 2008, le Canada a signifié et déposé une autre requête en radiation de la déclaration des appelants, dans sa version modifiée, de même qu'une requête visant l'obtention d'un ajournement de l'audition de la requête en autorisation. La demande d'ajournement de l'audition de la requête en autorisation a été accordée. Le Canada a aussi obtenu l'autorisation de déposer de nouveaux affidavits et d'effectuer d'autres contre-interrogatoires relativement aux affidavits des appelants.

[9] En mars 2008, la Cour a statué que la deuxième requête en radiation du Canada devait être entendue avant la requête en autorisation des appelants. La Cour a aussi établi un calendrier relativement à l'audition de la requête en autorisation. En avril 2008, le Canada a signifié aux appelants quatre affidavits, comportant 996 pages en tout, à l'appui de sa requête en radiation et, en juin 2008, il a signifié et déposé le dossier relatif à sa deuxième requête en radiation.

[10] Le 25 juin 2008, les appelants ont signifié au Canada un avis de désistement de leur action sans avoir au préalable obtenu l'autorisation de la Cour. Par la suite, en juillet 2008, les appelants et d'autres ont introduit une demande de recours collectif, relativement essentiellement au même objet, devant la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan.

[11] Le 15 juillet 2008, la Cour a statué que les appelants devaient obtenir une autorisation de la Cour avant de se désister. Le 3 septembre 2008, la Cour a entendu les arguments sur la requête en désistement et, le 9 janvier 2009, a autorisé les appelants à se désister. La question des dépens est demeurée en suspens.

[12] In due course, Canada brought a motion seeking its costs for all steps taken in the action, arguing that since the action had never been certified as a class proceeding, the normal rule as to costs applied.

[12] Le Canada a ensuite présenté une requête en vue de se voir adjuger les dépens relatifs à toutes les mesures prises au cours de l'instance, soutenant qu'étant donné que l'action n'a jamais été autorisée comme recours collectif, la règle habituelle relative aux dépens s'appliquait.

#### THE DECISION UNDER APPEAL

#### LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DE L'APPEL

[13] Subsection 334.39(1) is set out below:

[13] Voici le texte du paragraphe 334.39(1) des Règles :

No costs

**334.39** (1) Subject to subsection (2), no costs may be awarded against any party to a motion for certification of a proceeding as a class proceeding, to a class proceeding or to an appeal arising from a class proceeding, unless

**334.39** (1) Sous réserve du paragraphe (2), Sans dépens les dépens ne sont adjugés contre une partie à une requête en vue de faire autoriser l'instance comme recours collectif, à un recours collectif ou à un appel découlant d'un recours collectif, que dans les cas suivants :

(a) the conduct of the party unnecessarily lengthened the duration of the proceeding;

a) sa conduite a eu pour effet de prolonger inutilement la durée de l'instance;

(b) any step in the proceeding by the party was improper, vexatious or unnecessary or was taken through negligence, mistake or excessive caution; or

b) une mesure prise par elle au cours de l'instance était inappropriée, vexatoire ou inutile ou a été effectuée de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;

(c) exceptional circumstances make it unjust to deprive the successful party of costs.

c) des circonstances exceptionnelles font en sorte qu'il serait injuste d'en priver la partie qui a eu gain de cause.

[14] Subsection (2), referred to in the opening words of the subsection 334.39(1), is not material to this appeal.

[14] Le paragraphe (2), auquel renvoie le tout début du paragraphe 334.39(1), n'est pas pertinent en l'espèce.

[15] After summarizing the arguments of the parties, the Judge reviewed some of the jurisprudence from British Columbia upon which Canada relied in support of its motion for costs. Canada argued that the British Columbia jurisprudence supported the conclusion that until an action was certified, the normal rule as to costs applied: see *The Consumers' Association of Canada v. Coca-Cola Bottling Company et al.*, 2007 BCCA 356, 72 B.C.L.R. (4th) 243 (*Consumers' Assn.*), at paragraph 12; *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 (B.C.S.C.) (*Killough*), at paragraph 15; and *Edmonds v. Actton Super-Save Gas Stations Ltd.*, 1996 CanLII 4102, 5 C.P.C. (4th) 105 (B.C.S.C.) (*Edmonds*), at paragraph 4.

[15] Après avoir résumé les arguments des parties, la juge a passé en revue une partie de la jurisprudence de la Colombie-Britannique sur laquelle s'est appuyé le Canada dans le cadre de sa requête relative aux dépens. Le Canada a soutenu que la jurisprudence de la Colombie-Britannique étayait la conclusion selon laquelle tant qu'une action n'est pas autorisée comme recours collectif, la règle habituelle s'applique en matière de dépens : voir *The Consumers' Association of Canada v. Coca-Cola Bottling Company et al.*, 2007 BCCA 356, 72 B.C.L.R. (4th) 243 (*Consumers' Assn.*), au paragraphe 12; *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 (C. supr. C.-B.) (*Killough*), au paragraphe 15; et *Edmonds v. Actton*

[16] The Judge found that the cases relied upon by Canada did not support its contention that immunity from costs did not come into play until a proposed class proceeding was certified.

[17] The Judge found that Canada's claim for costs in respect of the certification motion was at odds with the wording of subsection 334.39(1), which specifically precludes an award of costs in relation to a motion for certification. The Judge also rejected Canada's argument that it was entitled to costs in relation to other steps taken in the action on the basis of the exceptions set out in subsection 334.39(1). She rejected the latter argument, reasoning that the exceptions were meant to apply only to the proceedings described in subsection 334.39(1); they could not be used as a basis for awarding costs with respect to other proceedings. The Judge also found that the exceptions did not apply to the motion for certification in this case since "at the time the motion was filed and the work was done by the parties, it was an appropriate and timely step in the proceedings": see paragraph 15.

[18] In the end, the Judge awarded Canada its costs for all steps taken in the proceeding other than the certification motion. The Judge relied on rule 402 of the Rules which provides that a party against whom an action is discontinued is, unless otherwise ordered, entitled to costs. While acknowledging that the Rules incorporate a "no costs" regime in relation to class proceedings, the Judge found that nothing in the circumstances of the case warranted a departure from rule 402.

[19] However, the Judge did not award Canada its full claim for costs. After reviewing a number of considerations, the Judge awarded costs in a lump sum "in light of the history of the matter", by which I assume she

*Super-Save Gas Stations Ltd.*, 1996 CanLII 4102, 5 C.P.C. (4th) 105 (C. supr. C.-B.) (*Edmonds*), au paragraphe 4.

[16] La juge a conclu que les décisions invoquées par le Canada n'étaient pas sa prétention selon laquelle l'exemption relative aux dépens s'appliquait uniquement à partir du moment où un recours collectif était autorisé.

[17] Selon la juge, la demande du Canada relative aux dépens liés à la requête en autorisation était contraire au paragraphe 334.39(1) des Règles qui exclut expressément une adjudication des dépens en rapport avec une requête visant à faire autoriser un recours collectif. La juge a aussi rejeté l'argument du Canada selon lequel ce dernier avait droit aux dépens relativement aux autres mesures prises dans le cadre de l'action en raison des exceptions énoncées au paragraphe 334.39(1) des Règles. Elle a rejeté ce dernier argument, estimant que les exceptions devaient s'appliquer uniquement aux procédures décrites au paragraphe 334.39(1) des Règles; ces exceptions ne pouvaient donc pas être invoquées pour justifier l'adjudication des dépens à l'égard d'autres procédures. La juge a aussi conclu que les exceptions ne s'appliquaient pas à la requête en autorisation dans la présente affaire étant donné qu'« à l'époque où cette requête a été déposée et où le travail a été fait par les parties, il s'agissait d'une mesure appropriée et opportune dans l'instance » : voir le paragraphe 15.

[18] La juge a finalement adjugé au Canada les dépens pour toutes les mesures prises dans le cadre de l'instance, sauf pour la requête en autorisation. La juge s'est appuyée sur la règle 402 des Règles qui prévoit qu'une partie contre laquelle l'action faisant l'objet d'un désistement a été engagée a droit, sauf ordonnance contraire de la Cour, aux dépens. Tout en reconnaissant que les Règles établissent un régime « sans dépens » relativement aux recours collectifs, la juge a décidé que rien dans les circonstances de l'espèce ne justifiait la non-application de la règle 402 des Règles.

[19] Cependant, la juge n'a pas entièrement accueilli la demande de dépens du Canada. Après avoir pris en compte un certain nombre de facteurs, la juge a adjugé une somme forfaitaire « vu l'historique de l'espèce »; je

meant the fractious relationship between the parties and their counsel. The Judge awarded Canada costs of \$60 000, inclusive of disbursements. This was a substantial discount on the original \$137 676.59 sought by Canada. The Judge discounted Canada's claim for the costs of the certification motion itself on the basis of subsection 334.39(1).

## ANALYSIS

### Standard of Review

[20] A trial judge's decision on costs is a discretionary decision and is entitled to deference from an appellate court. The latter will not interfere unless the decision is based on an error of law, a misapprehension as to the facts or the judge has failed to take into account all relevant considerations: see *Schmeiser v. Monsanto Canada Inc.*, 2002 FCA 449, 22 C.P.R. (4th) 455, at paragraph 2.

### The Interpretation of Subsection 334.39(1)

[21] At the hearing of this matter, the argument centered on the question of whether subsection 334.39(1) applied at all, since the appellants discontinued their action prior to certification. The Attorney General argued that rule 402, which deals with costs in the event of discontinuance, applied to the facts of this case. The appellants argued that the policy behind the "no costs" rule should inform the interpretation of subsection 334.39(1) so that no costs should be awarded, whether in respect of the certification motion itself or any other proceeding ancillary to that motion. The motions Judge, as noted, took the position that the immunity from costs applied only to the proceedings described in subsection 334.39(1) but not to other proceedings.

[22] There has been little consideration of this issue in the jurisprudence of the Federal Court. Aside from the

suppose que, par cette expression, elle évoquait les relations hargneuses entre les parties et leur conseil. La juge a adjugé au Canada des dépens de 60 000 \$, débours inclus. Il s'agissait d'un montant sensiblement moindre que le montant original de 137 676,59 \$ réclamé par le Canada. La juge a exclu de la réclamation du Canada les dépens liés à la requête en autorisation elle-même, se fondant sur le paragraphe 334.39(1) des Règles.

## ANALYSE

### La norme de contrôle

[20] La décision du juge du procès en matière de dépens est discrétionnaire et le tribunal d'appel doit faire preuve d'une certaine réserve à cet égard. Ce dernier n'intervient que si la décision résulte d'une erreur de droit ou d'une interprétation erronée des faits ou si le juge n'a pas tenu compte de tous les facteurs pertinents : voir *Schmeiser c. Monsanto Canada Inc.*, 2002 CAF 449, au paragraphe 2.

### L'interprétation du paragraphe 334.39(1) des Règles

[21] À l'audience portant sur la question susmentionnée, les arguments étaient axés sur la question de savoir si le paragraphe 334.39(1) s'appliquait étant donné que les appelants s'étaient désistés avant d'avoir obtenu l'autorisation. Le procureur général a soutenu que la règle 402, qui traite des dépens lors d'un désistement, s'appliquait aux faits de l'espèce. Les appelants ont soutenu que le paragraphe 334.39(1) des Règles devait être interprété à la lumière du principe qui sous-tend la règle « sans dépens », de sorte qu'aucuns dépens ne devaient être accordés, qu'il s'agisse de la requête en autorisation elle-même ou de toute autre procédure accessoire à ladite requête. La juge des requêtes, comme il a été souligné, était d'avis que l'exemption des dépens s'appliquait uniquement aux procédures visées au paragraphe 334.39(1) des Règles, et non aux autres.

[22] La Cour fédérale s'est assez peu penchée sur cette question à ce jour. Outre la présente instance, le régime



present case, the question of costs under subsection 334.39(1) has only been considered in two cases. The first is *Pearson v. Canada*, 2008 FC 1367 (*Pearson*), a proposed class action in which the statement of claim was struck out, prior to the hearing of the certification motion, for failing to disclose a cause of action. At paragraph 52 of his reasons dismissing the plaintiffs' claim, Hughes J. wrote:

This is a motion brought before the action has been certified as a class action and is dispositive of the action. The class action rules and concepts such as one-way costs, even if applicable at a later stage, are not yet engaged.

[23] To my knowledge, the only other Federal Court case in which the question of costs arose is *Always Travel Inc. v. Air Canada*, 2004 FC 675, 49 C.B.R. (4th) 1 (*Always Travel*), a proposed class action by travel agents against a number of airlines. In that case, it appears that the motion for certification had been filed, though no further steps were to be taken with respect to that motion until further order. In disposing of two motions after the filing of the certification motion, Hugessen J. awarded costs against the plaintiffs in one of the motions, and declined to award costs against certain defendants in the other. In both cases, the learned Judge relied upon the exceptions to the rule limiting costs in class actions.

[24] In the case of the plaintiffs, Hugessen J. found that their conduct was vexatious and justified an order of costs "in the special circumstances notwithstanding the general no costs rule contained in Rule 299.41(1) [the predecessor to subsection 334.39(1)]": *Always Travel*, at paragraph 9. In the case of the defendants, Hugessen J. wrote: "I do not think that the criteria laid down in Rule 299.41(1) (above) which are a prerequisite to my making an order for costs have been met": *Always Travel*, at paragraph 11.

des dépens du paragraphe 334.39(1) des Règles n'a été abordé que dans deux affaires. La première, la décision *Pearson v. Canada*, 2008 FC 1367 (*Pearson*), concernait un recours collectif projeté dans le cadre duquel la déclaration avait été radiée, avant l'audition de la requête en autorisation, pour défaut de comporter une cause d'action. Au paragraphe 52 de ses motifs justifiant le rejet de la demande, le juge Hughes s'exprimait en ces termes :

[TRADUCTION] La présente requête a été soumise avant que l'action ne soit autorisée comme recours collectif et elle règle le sort de l'action. Les règles et les concepts de recours collectif, comme l'adjudication des dépens en faveur d'une seule partie, même s'ils s'appliquent à une étape ultérieure, n'entrent pas encore en jeu.

[23] À ma connaissance, la décision *Always Travel Inc. v. Air Canada*, 2004 CF 675 (*Always Travel*), est la seule autre décision de la Cour fédérale dans laquelle la question des dépens a été soulevée. Il s'agissait d'un recours collectif projeté par des agences de voyages contre un certain nombre de compagnies aériennes. Dans cette affaire, il semble que la requête en autorisation avait été déposée, mais qu'aucune autre mesure ne pouvait être prise sans l'approbation du juge. Se prononçant sur deux requêtes après le dépôt de la requête en autorisation, le juge Hugessen a condamné des demanderessees à payer des dépens à l'égard de l'une des requêtes et a refusé de condamner certaines défenderesses à en verser quant à l'autre. Dans les deux cas, le juge s'est appuyé sur les exceptions à la règle qui impose des restrictions en matière de dépens dans les recours collectifs.

[24] En ce qui concerne les défenderesses, le juge Hugessen a estimé que leur comportement était vexatoire, ce qui justifiait une ordonnance relative aux dépens « compte tenu des circonstances spéciales en l'espèce, malgré la règle générale de non-adjudication de dépens prévue au paragraphe 299.41(1) des Règles [l'ancienne disposition remplacée par le paragraphe 334.39(1) des Règles] » : *Always Travel*, au paragraphe 9. En ce qui concerne les défenderesses, le juge Hugessen s'est exprimé en ces termes : « je ne pense pas qu'il soit satisfait aux critères prévus au paragraphe 299.41(1) des Règles susmentionné, lesquels constituent des conditions préalables au prononcé

[25] The difference between these two cases is that in *Pearson*, it was held that the “no costs” rule did not apply until the action was certified as a class proceeding, while in *Always Travel*, the “no costs” rule (including the exceptions to the rule) was applied prior to certification of the action.

[26] Some guidance as to the intention of the Rules Committee with respect to the “no-costs” rule may be found in the working papers prepared prior to the amendments to the class action Rules. The Federal Court of Canada Rules Committee issued *Class Proceedings in the Federal Court of Canada: A Discussion Paper* (Ottawa: June 9, 2000), in which the issue of cost barriers to representative plaintiffs was raised. The authors of the Discussion Paper frame the issue at page 97 as follows:

Cost barriers would exist if representative plaintiffs were fully exposed to a two way (“losers pay winners”) costs regime. This regime would be a barrier in light of the fact that most plaintiffs would be exposed to a substantial downside in terms of costs even as they would have comparatively little to gain if the class action were successful.

[27] The Discussion Paper concludes, at page 104 that a “no costs” provision is “an important measure in removing the barriers to class proceedings” and records the decision of the Rules Committee as follows:

**Decision #37A:**

*The rule will contain a provision that, subject to exceptions that are stated, there shall be no costs awarded in class proceedings....* [Emphasis in original.]

[28] The Rules Amending the Federal Court Rules, 1998 (No. 1), Regulatory Impact Analysis Statement, *Canada Gazette*, Part I, December 8, 2001, Vol. 135,

d’une ordonnance pour les dépens » : *Always Travel*, au paragraphe 11.

[25] Ces deux affaires se distinguent sur un point. Dans la décision *Pearson*, il a été établi que la règle « sans dépens » ne s’appliquait qu’à partir du moment où l’action était approuvée comme recours collectif, alors que dans la décision *Always Travel*, la règle « sans dépens » (y compris les exceptions à cette dernière) s’appliquait avant l’autorisation de l’action.

[26] Les documents de travail rédigés avant les modifications des règles sur les recours collectifs donnent une idée de l’intention du Comité des règles en ce qui concerne la règle « sans dépens ». Le Comité des règles de la Cour fédérale du Canada a publié le document *Le recours collectif en Cour fédérale du Canada : Document de travail* (Ottawa, 9 juin 2000) dans lequel la question des obstacles financiers auxquels se heurtent les représentants des demandeurs a été soulevée. Les auteurs du document de travail formulent comme suit la question à la page 97 :

Les obstacles financiers existeraient si les représentants des demandeurs étaient pleinement exposés à un régime bilatéral de dépens (la partie perdante paie la partie gagnante). Cette solution créerait un obstacle en raison du fait que la plupart des demandeurs seraient exposés à des risques de pertes substantielles en termes de dépens même s’ils avaient comparativement peu à gagner au cas où le tribunal ferait droit au recours collectif.

[27] Le document de travail conclut, à la page 104 que « la règle “sans dépens” » est « une mesure importante pour supprimer les obstacles au recours collectif » et énonce comme suit la décision du Comité des règles :

**Décision # 37A :**

*La règle inclura une disposition selon laquelle, sous réserve des exceptions qui y seront énumérées, les dépens ne sont pas adjugés dans les recours collectifs [...]* [Souligné dans l’original.]

[28] Les Règles modifiant les Règles de la Cour fédérale (1998) (n° 1), Résumé de l’étude d’impact de la réglementation, *Gazette du Canada*, partie I, 8 décembre

No. 49, at page 4400, which accompanied the publication of the proposed Rule changes, also dealt with the issue of costs:

The discussion paper [quoted above] indicated that there would be a “no costs” provision. Costs would not be awarded up to the determination of the common questions subject to exceptions, including “exceptional circumstances that make it unjust to deprive the successful party of costs.” ...

The suggested Rule 299.4 incorporates this “no costs” (up to the disposition of common questions subject to exceptions) provision. This “no costs” provision is also incorporated in the British Columbia *Class Proceedings Act*, section 37, *The Class Actions Act* of Saskatchewan, section 40, the *Uniform Class Proceedings Act*, section 37 (alternative) ...

[29] These comments suggest that the intention of the proponents of the “no costs” rule was that no costs would be awarded prior to the determination of the common questions.

[30] The fact that a class proceeding begins its life as a statement of claim to which the normal rule as to costs applies created a challenge for the legislative draftsman. The question is, at what point after the issuance of the statement of claim should the “no costs” rule begin to apply? It must apply early enough in the process to give substantial protection to the representative plaintiffs but not so early as to shelter plaintiffs whose actions never proceed to certification.

[31] With this background in mind, I reproduce again, for ease of reference, the terms of subsection 334.39(1):

No costs

**334.39** (1) Subject to subsection (2), no costs may be awarded against any party to a motion for certification of a proceeding as a class proceeding, to a class proceeding or to an appeal arising from a class proceeding, unless

2001, vol. 135, n° 49, à la page 4400, qui accompagnait la publication des modifications proposées des Règles, traitaient aussi de la question des dépens :

Le document de travail [susmentionné] a prévu une disposition « sans dépens ». Aucuns dépens ne seraient adjugés avant la détermination des questions collectives, sous réserve d’exceptions, notamment lorsque des « circonstances exceptionnelles font en sorte qu’il serait injuste d’en priver la partie qui a eu gain de cause » [...]

La règle 299.4 proposée incorpore cette disposition « sans dépens » (jusqu’à la détermination des questions collectives, sous réserve d’exceptions). Cette disposition « sans dépens » est aussi prévue par l’article 37 de la *Class Proceedings Act* de la Colombie-Britannique, l’article 40 de *The Class Actions Act* de la Saskatchewan et l’article 37 de la *Loi uniforme sur les recours collectifs* (option subsidiaire) [...]

[29] Ces commentaires donnent à penser que les partisans de la règle « sans dépens » souhaitaient qu’aucuns dépens ne soient adjugés avant que les questions collectives soient tranchées.

[30] Le fait qu’un recours collectif existe d’abord sous forme de déclaration à laquelle la règle normale relative aux dépens s’applique a posé un défi aux rédacteurs législatifs. Il s’agit en effet d’établir à quel moment suivant la production de la déclaration la règle « sans dépens » commence à s’appliquer. Elle doit s’appliquer suffisamment tôt dans le processus pour offrir une protection substantielle aux représentants des demandeurs, mais pas au point de protéger les demandeurs dans les cas où l’étape de l’autorisation n’est jamais franchie.

[31] Ce contexte étant défini, je reproduis de nouveau, pour souci de commodité, le paragraphe 334.39(1) des Règles :

**334.39** (1) Sous réserve du paragraphe (2), les dépens ne sont adjugés contre une partie à une requête en vue de faire autoriser l’instance comme recours collectif, à un recours collectif ou à un appel découlant d’un recours collectif, que dans les cas suivants :

Sans dépens

(a) the conduct of the party unnecessarily lengthened the duration of the proceeding;

(b) any step in the proceeding by the party was improper, vexatious or unnecessary or was taken through negligence, mistake or excessive caution; or

(c) exceptional circumstances make it unjust to deprive the successful party of costs.

a) sa conduite a eu pour effet de prolonger inutilement la durée de l'instance;

b) une mesure prise par elle au cours de l'instance était inappropriée, vexatoire ou inutile ou a été effectuée de manière négligente, par erreur ou avec trop de circonspection;

c) des circonstances exceptionnelles font en sorte qu'il serait injuste d'en priver la partie qui a eu gain de cause.

[32] A careful reading of subsection 334.39(1) reveals at least two possible interpretations. The first is that no costs can be awarded with respect to a motion for certification, a class proceeding or an appeal from a class proceeding. According to this interpretation, immunity from costs attaches to the proceedings designated in the Rules. The motions Judge gave effect to this interpretation when she refused to award costs with respect to the certification motion itself, but awarded them with respect to other steps, specifically the motion to strike the statement of claim for failing to disclose a cause of action.

[32] Une lecture attentive du paragraphe 334.39(1) des Règles montre qu'au moins deux interprétations sont possibles. Selon la première, aucuns dépens ne peuvent être adjugés relativement à une requête en autorisation, à un recours collectif ou à un appel découlant d'un recours collectif. Selon cette interprétation, l'exemption des dépens est liée à la procédure désignée dans ce paragraphe des Règles. La juge des requêtes a appliqué cette interprétation en refusant d'adjuger des dépens relativement à la requête en autorisation elle-même, et en acceptant d'en accorder à l'égard des autres mesures, soit la requête en radiation de la déclaration pour absence de cause d'action.

[33] A second interpretation of subsection 334.39(1) focuses on the words "any party to" so that costs are not to be awarded against a person who is a party to any of the designated proceedings. For example, once a party to a proposed class proceeding becomes a party to a certification motion, that is, once the certification motion is served and filed, that person is immune from costs with respect to any and all steps taken before and during the certification process. If the certification motion is successful, the party is then sheltered from the costs of the class proceeding by the reference in the rule to "any party ... to a class proceeding". In the present case, this interpretation would preclude an order for costs for any steps taken after May 28, 2007, the date the appellants served and filed their motion for certification.

[33] La seconde interprétation du paragraphe 334.39(1) des Règles insiste sur l'emploi des termes « une partie à », pour dire que les dépens ne peuvent être adjugés contre une personne qui est partie à l'une des procédures désignées. Par exemple, à compter du moment où une partie à un recours collectif projeté devient partie à une requête en autorisation, c'est-à-dire, lorsqu'une requête en autorisation est signifiée et déposée, cette personne est exemptée des dépens relativement à toute et chacune des mesures prises avant et pendant le processus d'autorisation. Si la requête en autorisation est accueillie, la partie est donc à l'abri des dépens liés au recours collectif du fait que la disposition en question précise « une partie [...] à un recours collectif ». En l'espèce, cette interprétation rendrait impossible une ordonnance relative aux dépens concernant toute mesure prise après le 28 mai 2007, soit la date à laquelle les appelants ont signifié et déposé leur requête en autorisation.

[34] Presumably, an order for costs made against a party to a proposed class proceeding prior to that person becoming a party to a certification motion would

[34] Il est possible de supposer qu'une ordonnance relative aux dépens prononcée contre une partie à un recours collectif projeté avant que cette personne

not be affected by subsection 334.39(1) but that is not a question which arises on these facts. It is therefore not one which we have to answer.

[35] Both of these interpretations are, of course, subject to the three exceptions set out at paragraphs 334.39(1)(a), (b) and (c) of the Rules.

[36] The jurisprudence of the courts of Saskatchewan and British Columbia tends to the view that immunity from costs is a function of the proceeding. The “no costs” rule is found at section 37 of British Columbia’s *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, c. 50:

**Costs**

**37 (1)** Subject to this section, neither the Supreme Court nor the Court of Appeal may award costs to any party to an application for certification under section 2(2) or 3, to any party to a class proceeding or to any party to an appeal arising from a class proceeding at any stage of the application, proceeding or appeal.

(2) A court referred to in subsection (1) may only award costs to a party in respect of an application for certification or in respect of all or any part of a class proceeding or an appeal from a class proceeding

(a) at any time that the court considers that there has been vexatious, frivolous or abusive conduct on the part of any party,

(b) at any time that the court considers that an improper or unnecessary application or other step has been made or taken for the purpose of delay or increasing costs or for any other improper purpose, or

(c) at any time that the court considers that there are exceptional circumstances that make it unjust to deprive the successful party of costs.

(3) A court that orders costs under subsection (2) may order that those costs be assessed in any manner that the court considers appropriate.

devienne partie à une requête en autorisation ne soit pas touchée par le paragraphe 334.39(1) des Règles, mais ce n’est pas là une question soulevée par les faits de l’es-pèce. Nous n’avons donc pas à y répondre.

[35] Bien sûr, les deux interprétations exposées ci-dessous sont soumises aux trois exceptions énoncées aux alinéas 334.39(1)a), b) et c) des Règles.

[36] L’examen de la jurisprudence des tribunaux de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique donne à penser que l’exemption des dépens varie selon la procédure en cause. La règle « sans dépens » est exposée à l’article 37 de la loi *Class Proceedings Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 50, de la Colombie-Britannique :

[TRADUCTION]

**Dépens**

**37 (1)** Sous réserve du présent paragraphe, ni la Cour suprême, ni la Cour d’appel ne peuvent adjuger des dépens à une partie à une requête en autorisation en vertu du paragraphe 2(2) ou de l’article 3, à une partie à un recours collectif ou à une partie à un appel découlant d’un recours collectif, à quelque stade de la demande, de l’instance ou de l’appel.

(2) Un tribunal visé au paragraphe (1) ne peut adjuger des dépens à une partie relativement à une demande d’autorisation ou relativement à la totalité ou à une partie d’un recours collectif ou d’un appel découlant d’un tel recours que s’il estime :

a) qu’une partie s’est conduite de façon vexatoire, frivole ou abusive,

b) qu’une demande ou une autre mesure d’une partie s’est révélée inappropriée ou inutile ou qu’elle a été présentée ou prise dans un but dilatoire, pour que soient augmentés les frais ou pour toute autre fin inopportune,

c) que des circonstances exceptionnelles font en sorte qu’il serait injuste de priver des dépens la partie qui a eu gain de cause.

(3) La Cour qui ordonne l’adjudication de dépens en vertu du paragraphe (2) peut ordonner que ces derniers soient taxés de la façon qu’elle juge appropriée.

[37] Subject to some differences which are immaterial, the Saskatchewan legislation is essentially identical: see *The Class Actions Act*, S.S. 2001, c. C-12.01, section 40.

[38] In *Edmonds*, cited above, at paragraph 4, the British Columbia Supreme Court held that the “no costs” rule “only applies and becomes operative once the court embarks upon an application for certification”. The Court went on to say the following, at paragraph 8 of its reasons:

In my view it is important to recognize that an intended class proceeding, until it is certified, is an ordinary action governed by the Rules of Court. Even after certification the Rules of Court apply to the extent that they are not inconsistent with the *Act*. While the *Class Proceeding[s] Act* does provide that no costs are recoverable from the plaintiff in respect of a certified action or in respect of a certification hearing, the statute contains no such provision in respect of actions prior to the certification hearing stage. In the case at bar there is nothing which would justify a departure from the usual rule that costs follow the event. The defendants will have their costs on Scale 3. [Emphasis in original.]

[39] The *Edmonds* case is of interest because of the way in which the British Columbia Supreme Court dealt with the issue of the starting point for the application of the “no costs” rule. It chose to apply the “no costs” rule as of the commencement of the hearing of the certification motion. This has the effect of sheltering parties from the costs of the certification motion itself, but excludes preliminary matters that may be intimately related to the certification motion. The adverse consequences of this choice can be seen in *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 [cited above], in which the British Columbia Supreme Court awarded costs with respect to an unsuccessful motion to adjourn the hearing of the certification motion. Unfortunately, arbitrariness of this kind will necessarily arise if the starting point for the application of a “no costs” rule is anything other than the issuance of the statement of claim itself.

[37] Sous réserve de quelques différences minimales, les dispositions législatives de la Saskatchewan traitant de ce sujet sont pratiquement identiques : voir *Loi sur les recours collectifs*, L.S. 2001, ch. C-12.01, art. 40.

[38] Dans la décision *Edmonds*, ci-dessus, au paragraphe 4, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a établi que la règle « sans dépens » [TRADUCTION] « s’applique et ne prend effet qu’à partir du moment où le tribunal est saisi d’une demande d’autorisation ». Voici un autre extrait de cette décision (au paragraphe 8) :

[TRADUCTION] Selon moi, il est important de reconnaître qu’un recours collectif projeté, jusqu’à ce qu’il soit autorisé, demeure une action ordinaire régie par les Règles de la Cour. Même après l’autorisation, les Règles de la Cour s’appliquent dans la mesure où elles ne sont pas incompatibles avec la *Loi*. Bien que la *Class Proceeding[s] Act* prévoit qu’aucuns dépens ne sont recouvrables de la partie demanderesse à l’égard d’une action autorisée ou d’une audience d’autorisation, la *Loi* ne contient aucune disposition de cette nature en ce qui concerne les actions n’ayant pas franchi le stade de l’audience d’autorisation. En l’espèce, rien ne justifie la non-application de la règle habituelle selon laquelle les dépens sont accordés suivant le sort de l’affaire. Les dépens seront accordés aux parties défenderesses selon l’échelle 3. [Souligné dans l’original.]

[39] La décision *Edmonds* est digne d’intérêt vu la façon dont la Cour suprême de la Colombie-Britannique a traité la question du moment où entre en jeu la règle « sans dépens ». Elle a choisi de l’appliquer à compter du moment où débute l’audition de la requête en autorisation. De cette façon, les parties sont à l’abri des dépens relatifs à la requête en autorisation elle-même, mais les questions préliminaires qui peuvent être étroitement liées à la requête en autorisation sont exclues. On trouve un exemple des répercussions négatives de ce choix dans la décision *Killough v. Canadian Red Cross Society*, 1998 CanLII 5877 [précitée], dans laquelle la Cour suprême de la Colombie-Britannique a adjugé des dépens à l’égard d’une requête visant l’ajournement de l’audition de la requête en autorisation dont elle a ordonné le rejet. Malheureusement, on ne sera pas à l’abri des situations arbitraires de ce genre si la règle « sans dépens » entre en jeu à un moment autre que la production de la déclaration elle-même.

[40] The British Columbia Court of Appeal referred to *Edmonds* without adverse comment in *Secure Networx Corp. v. KPMG*, 2003 BCCA 227, 180 B.C.L.R. (4th) 317, and in *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2002 BCCA 442, 216 D.L.R. (4th) 646. In *Consumers' Assn.*, cited above, the British Columbia Court of Appeal held that section 37 of the *Class Proceedings Act* did protect parties from costs “but not prior to the certification application”: *Consumers' Assn.*, at paragraph 12.

[41] The Saskatchewan Court of Queen's Bench came to a similar conclusion in *McKinnon v. Red Lily Wind Power Limited*, 2011 SKQB 313 (CanLII), 382 Sask. R. 102, at paragraph 6, where Mills J. wrote:

In my opinion, applications prior to certification are subject to the normal jurisprudence and Rule 545 respecting the award of costs.

[42] In coming to this conclusion, Mills J. referred to a decision of the Saskatchewan Court of Appeal in which that Court suggested that the Saskatchewan “no costs” rule does not apply to applications made prior to the certification application: see *Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd. v. Englund*, 2007 SKCA 62 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 94, at paragraph 57.

[43] I began this analysis by pointing out that subsection 334.39(1) could be construed in at least two ways. As I read the jurisprudence of the courts of Saskatchewan and British Columbia, they have chosen to attach immunity from costs to the proceeding itself. In the case of the application for certification, this leaves representative plaintiffs exposed to costs for steps taken prior to the certification motion, although such steps may be intimately connected with that proceeding: see for example *Killough*, cited above.

[44] In my view, this approach gives too narrow a scope to the “no costs” rule. If one accepts that the

[40] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a invoqué, sans formuler de commentaires négatifs, la décision *Edmonds* dans l'arrêt *Secure Networx Corp. v. KPMG*, 2003 BCCA 227, 180 B.C.L.R. (4th) 317, et dans l'arrêt *Samos Investments Inc. v. Pattison*, 2002 BCCA 442, 216 D.L.R. (4th) 646. Dans la décision *Consumers' Assn.*, ci-dessus, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que l'article 37 de la *Class Proceedings Act* protégeait les parties contre les dépens [TRADUCTION] « mais pas avant la demande d'autorisation » : *Consumers' Assn.*, au paragraphe 12.

[41] La Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a tiré une conclusion semblable dans la décision *McKinnon v. Red Lily Wind Power Limited*, 2011 SKQB 313 (CanLII), 382 Sask. R. 102, au paragraphe 6. Voici un extrait des propos du juge Mills :

[TRADUCTION] À mon avis, en ce qui concerne l'adjudication des dépens, la jurisprudence habituelle et l'article 545 des Règles s'appliquent aux demandes formulées avant l'autorisation.

[42] Pour tirer cette conclusion, le juge Mills s'est inspiré d'une décision de la Cour d'appel de la Saskatchewan dans laquelle cette dernière mentionnait que la règle « sans dépens » de la Saskatchewan ne s'applique pas aux demandes faites avant la demande d'autorisation : voir *Boehringer Ingelheim (Canada) Ltd. v. Englund*, 2007 SKCA 62 (CanLII), 284 D.L.R. (4th) 94, au paragraphe 57.

[43] J'ai commencé la présente analyse en soulignant que le paragraphe 334.39(1) des Règles pouvait être interprété d'au moins deux façons. Selon ma compréhension de la jurisprudence des tribunaux de la Saskatchewan et de la Colombie-Britannique, ces derniers ont choisi de rattacher l'exemption des dépens à la procédure elle-même. Dans le cas d'une demande d'autorisation, les représentants des demandeurs risquent d'avoir à assumer les dépens relatifs aux mesures prises avant la requête en autorisation, même si ces mesures peuvent être étroitement liées à ladite procédure : voir, par exemple, la décision *Killough*, ci-dessus.

[44] À mon avis, cette approche donne une portée trop étroite à la règle « sans dépens ». Si nous acceptons que

intention of the proponents of the “no costs” rule was to limit the role of costs as a disincentive to class action plaintiffs, then one should construe the rule so that it does so.

[45] I believe that the construction of subsection 334.39(1) that gives fullest effect to the intention of the Rules Committee is to have the “no costs” rule apply as soon as the parties to the action are made parties to the certification motion. While this still leaves room for the possibility of an award of costs in relation to a step undertaken after the issuance of the statement of claim but prior to the service and filing of the certification motion, the scope for costs orders is reduced to a minimum, having regard to the wording of subsection 334.39(1) itself. If one assumes that the bringing of the motion for certification will follow the issuance of the statement of claim without delay, the risk to representative plaintiffs would appear to be minimal.

[46] To the extent that an expansive interpretation of the “no costs” rule has the potential to shelter a party’s improper or abusive behaviour, it is important to remember that paragraphs (a), (b) and (c) of subsection 334.39(1) give the Court the option of imposing costs where the conduct of a party justifies such an award.

[47] As a result, I would find that the appellants were immune from costs, subject to paragraphs 334.39(1)(a), (b) and (c), as of May 28, 2007, which is the date the certification motion was filed. Since all of the matters that could have given rise to an award of costs occurred after that date (save for one motion), the motions Judge erred in law in awarding costs as she did. However, the motions Judge did not address the question of whether the appellants’ conduct fell within one of the exceptions to the “no costs” rule. She did refer to the application of paragraphs 334.39(1)(a), (b) and (c) but only to the extent of saying that they did not provide a basis for awarding costs where subsection 334.39(1) itself did not apply.

l’intention des partisans de la règle « sans dépens » était de limiter le rôle dissuasif que les dépens pourraient avoir sur les demandeurs de recours collectif, il faudrait alors interpréter la règle de façon à ce qu’elle permette de réaliser cet objectif.

[45] J’estime que l’interprétation du paragraphe 334.39(1) des Règles permettant de donner pleinement effet à l’intention du Comité des règles consiste à faire en sorte que la règle « sans dépens » s’applique dès que les parties à l’action deviennent des parties à la requête en autorisation. Bien qu’il reste quand même possible que des dépens soient adjugés relativement à une mesure prise après la production de la déclaration, mais avant la signification et le dépôt de la requête en autorisation, on réduit ainsi au maximum la possibilité que des ordonnances relatives aux dépens soient rendues, compte tenu du libellé du paragraphe 334.39(1) des Règles lui-même. En supposant que la présentation de la requête en autorisation suivra sans délai la production de la déclaration, le risque pour les représentants des demandeurs semble minime.

[46] Dans la mesure où une interprétation large de la règle « sans dépens » risque de favoriser les comportements inappropriés ou excessifs d’une partie, il importe de se rappeler que les alinéas a), b) et c) du paragraphe 334.39(1) des Règles donnent à la Cour la possibilité d’adjuger des dépens contre une partie lorsque le comportement de cette dernière le justifie.

[47] Par conséquent, je concluais que les appelants étaient exemptés des dépens, sous réserve des alinéas 334.39(1)a), b) et c), au 28 mai 2007, soit la date de dépôt de la requête en autorisation. Étant donné que tous les éléments qui auraient pu entraîner une adjudication des dépens se sont produits après cette date (sauf une requête), la juge des requêtes a commis une erreur de droit en adjugeant les dépens comme elle l’a fait. Cependant, la juge des requêtes n’a pas abordé la question de savoir si le comportement des appelants était visé par l’une des exceptions à la règle « sans dépens ». Elle a mentionné l’application des alinéas 334.39(1)a), b) et c), mais uniquement pour souligner qu’ils ne permettaient pas l’adjudication de dépens dans les cas où le paragraphe 334.39(1) des Règles lui-même ne s’appliquait pas.



## CONCLUSION

[48] I would therefore allow the appeal, set aside the order of the Federal Court and return the matter to the motions Judge for a decision as to whether, in light of paragraph 334.39(1)(a), (b) or (c), an award of costs should be made.

EVANS J.A.: I agree.

LAYDEN-STEVENSON J.A.: I agree.

## CONCLUSION

[48] Par conséquent, j'accueillerais l'appel, j'annulerais l'ordonnance de la Cour fédérale et je renverrais l'affaire à la juge des requêtes afin qu'elle établisse si, à la lumière des alinéas 334.39(1)a, b) ou c), des dépens doivent être adjugés.

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

LA JUGE LAYDEN-STEVENSON, J.C.A. : Je suis d'accord.

A-441-10  
2012 FCA 36

A-441-10  
2012 CAF 36

**TurnAround Couriers Inc.** (*Applicant*)

**TurnAround Couriers Inc.** (*demanderesse*)

and

et

**Canada Post Corporation** (*Intervener supporting the Applicant*)

**Société canadienne des postes** (*intervenante appuyant la demanderesse*)

v.

c.

**Canadian Union of Postal Workers** (*Respondent*)

**Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes** (*défendeur*)

and

et

**Attorney General of Ontario** (*Intervener*)

**Procureur général de l'Ontario** (*intervenant*)

**INDEXED AS: TURNAROUND COURIERS INC. v. CANADIAN UNION OF POSTAL WORKERS**

**RÉPERTORIÉ : TURNAROUND COURIERS INC. c. SYNDICAT DES TRAVAILLEURS ET TRAVAILLEUSES DES POSTES**

Federal Court of Appeal, Blais C.J., Evans and Sharlow J.J.A.—Toronto, January 12; Ottawa, February 2, 2012.

Cour d'appel fédérale, juge en chef Blais, juges Evans et Sharlow, J.C.A.—Toronto, 12 janvier; Ottawa, 2 février 2012.

*Postal Services — Judicial review to set aside Canada Industrial Relations Board decision holding that applicant providing postal service within meaning of Constitution Act, 1867 s. 91(5), that operations thereof thus falling within competence of Parliament — Board holding having jurisdiction under Canada Labour Code to certify respondent as sole bargaining agent for applicant's employees — Applicant, for-profit corporation, operating within central core of Toronto — Generally providing same-day delivery service — Applicant arguing that word "Postal Service" in Constitution Act, 1867 meaning Canada's national postal service, currently provided by Canada Post Corporation; that as local undertaking, not regulated by Code — Whether applicant's business falling within federal jurisdiction over "Postal Service" by virtue of Constitution Act, 1867, s. 91(5) — Applicant's habitual activities, daily operations so local, limited in nature as to suggest that applicant not federal undertaking, could not be considered within federal jurisdiction — Board committing three errors in interpreting Constitution Act, 1867, s. 91(5) — As for words "Postal Service" in s. 91(5), choice of singular form of noun supporting applicant's position that only one postal service existing in Canada — Applicant having none of essential characteristics of postal service examined herein — Considerations examined herein indicating that "Postal*

*Postes — Contrôle judiciaire recherchant l'annulation d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles, selon laquelle la demanderesse, fournissant un service postal au sens de l'art. 91(5) de la Loi constitutionnelle de 1867, exerçait des activités qui relevaient de la compétence fédérale — Le Conseil a soutenu qu'il est habilité sous le Code canadien du travail à accrédiiter le défendeur à titre de seul agent négociateur des employés de la demanderesse — La demanderesse, société à but lucratif, exerce ses activités dans le centre de Toronto — Elle offre généralement un service de livraison le jour même — La demanderesse a soutenu que « service postal » au sens de la Loi constitutionnelle de 1867 s'entend du service postal national du Canada, fourni actuellement par la Société canadienne des postes, et que puisqu'il s'agit d'une entreprise de nature locale, elle n'est pas régie par le Code — Il s'agissait de déterminer si l'entreprise de la demanderesse relève de la compétence fédérale, en matière de « service postal », établie à l'art. 91(5) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Les activités habituelles et l'exploitation quotidienne de la demanderesse sont de nature à ce point locale et restreinte qu'elles donnent à penser que la demanderesse n'est pas une entreprise fédérale et qu'elle ne peut être considérée comme relevant de la compétence fédérale — Le Conseil a commis trois erreurs dans l'interprétation de l'art. 91(5) de la*

*Service” in s. 91(5) referring to national delivery system — Therefore, applicant’s operations not constituting “Postal Service” for purpose of Constitution Act, 1867, s. 91(5) but rather local undertaking within meaning of s. 92(10) — Application allowed.*

*Constitutional Law — Distribution of Powers — Meaning of “Postal Service” in Constitution Act, 1867, s. 91(5) — Interpretation of Constitution Act, 1867, s. 91(5) determinative of issue in dispute herein — Whether applicant’s locally operated business falling within federal jurisdiction over “Postal Service” by virtue of s. 91(5) — Text, context, purpose of provision in dispute considered in present case — Considerations examined herein indicating that “Postal Service” in s. 91(5) referring to national delivery system — Achievement of predictability, certainty being important goals in constitutional interpretation, courts should avoid interpretations requiring decision-makers to splice, dice discrete differences among companies — Applicant’s operations not constituting “Postal Service” for purpose of Constitution Act, 1867, s. 91(5) but rather local undertaking within meaning of s. 92(10).*

This was an application for judicial review by the applicant, an employer, to set aside a decision of the Canada Industrial Relations Board holding that the applicant was providing a postal service within the meaning of subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867* and that its operations therefore fell within the competence of Parliament. As a result, the Board held that it had jurisdiction under the *Canada Labour Code* (Code) to certify the respondent as the sole bargaining agent for the applicant’s employees.

The applicant is a for-profit corporation with a social mission to help “at-risk” youth. At the material time, it employed six bicycle couriers and two walkers. Most of their pick-ups and deliveries were within the central core of Toronto. The applicant generally delivered material on the same day that it was picked up, a service that the Canada Post Corporation (CPC) did not provide and was not within the terms of its statutory monopoly. It has no connection of any kind with the CPC or any other inter-provincial delivery service. The Board

*Loi constitutionnelle de 1867 — Quant à l’expression « service postal » utilisée à l’art. 91(5), le recours au singulier, plutôt qu’au pluriel, appuie la position de la demanderesse selon laquelle il y a un seul service postal au Canada — La demanderesse ne présente aucune des caractéristiques essentielles du service postal examiné en l’espèce — D’après l’analyse effectuée en l’espèce, les mots « service postal », à l’art. 91(5) renvoient au système national de livraison — Par conséquent, les activités de la demanderesse ne constituent pas un « service postal » au sens de l’art. 91(5) de la Loi constitutionnelle de 1867, mais plutôt des activités locales au sens de l’art. 92(10) — Demande accueillie.*

*Droit constitutionnel — Partage des pouvoirs — Sens de « service postal » aux termes de l’art. 91(5) de la Loi constitutionnelle de 1867 — L’interprétation de l’art. 91(5) de la Loi constitutionnelle de 1867 détermina le sort de la question en litige — Il s’agissait de déterminer si l’entreprise de la demanderesse relève de la compétence fédérale, en matière de « service postal », établie à l’art. 91(5) de la Loi constitutionnelle de 1867 — Le texte, le contexte et l’objet de la disposition en cause ont été pris en compte en l’espèce — D’après l’analyse effectuée en l’espèce, les mots « service postal », à l’art. 91(5), renvoient au système national de livraison — La prévisibilité et la certitude sont des objectifs importants dans l’interprétation constitutionnelle, c’est pourquoi les tribunaux doivent éviter les interprétations obligeant les décideurs à décortiquer les différences subtiles entre les entreprises — Les activités de la demanderesse ne constituent pas un « service postal » au sens de l’art. 91(5) de la Loi constitutionnelle de 1867, mais plutôt les activités d’une entreprise de nature locale, au sens de l’art. 92(10).*

Il s’agissait d’une demande de contrôle judiciaire présentée par la demanderesse, un employeur, recherchant l’annulation d’une décision du Conseil canadien des relations industrielles statuant que la demanderesse fournissait un service postal au sens du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867* et que ses activités relevaient donc de la compétence fédérale. En conséquence, le Conseil a statué qu’il était habilité, aux termes du *Code canadien du travail* (le Code), à accréditer le défendeur à titre de seul agent négociateur des employés de la demanderesse.

La demanderesse est une société à but lucratif poursuivant une mission sociale : aider les jeunes « à risque ». Au moment des faits, la demanderesse employait six messagers à bicyclette et deux messagers à pied. Les activités de livraison se déroulaient pour la plupart dans le centre de Toronto. Les livraisons étaient généralement effectuées le jour même, service que la Société canadienne des postes (la SCP) ne fournit pas et qui ne relève pas du monopole légal qu’elle exerce. La demanderesse n’est pas liée, contractuellement ou autrement, avec la SCP ou

certified CUPW as the bargaining agent for a unit comprising the couriers employed by the applicant. On reviewing the certification order, the Board held that, based on the record before it, the applicant was engaged in providing a postal service and that the provisions of the *Canada Labour Code* applied to the applicant's operations.

The applicant argued that "Postal Service" means Canada's national postal service, currently provided by CPC, a federal crown corporation and, previously by the Post Office, a department of the federal government. Since the applicant operates entirely within the province of Ontario, they are a local undertaking and, as such, its labour relations are not regulated by the Code. The respondent argued that the applicant is providing a postal service within the meaning of subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867* since it is doing something that Parliament could authorize the CPC to do as part of its monopoly over postal service, which is to offer a same-day local delivery service for letters and small packages.

The issue was whether the applicant's business of delivering time-sensitive material falls within federal jurisdiction over "Postal Service" by virtue of subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867*.

*Held*, the application should be allowed.

The applicant's "habitual activities and daily operations" are so local and limited in nature as to suggest that the applicant is not a federal undertaking. The interpretation of subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867* was determinative of the issue in dispute. The applicant did not deliver letters and packages in Toronto pursuant to a contractual or any other kind of relationship with the CPC. Therefore, it could not be said that the applicant's operations were within federal jurisdiction. The fact that the applicant was providing a service that was neither provided by the CPC nor within the scope of its statutory monopoly was not sufficient to make its operations integral to those of the CPC.

The Board committed three errors in its approach to the interpretation of subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867*, which led it astray. First, it relied too heavily on paragraph 5(1)(a) of the CPC Act which provides that the CPC is to operate "a postal service" not "the postal service" to support its conclusion that "Postal Service" in subsection 91(5) was not necessarily limited to the services provided by the CPC. The provisions of legislation enacted under the head of power in question provide no more than context that may

avec un autre transporteur interprovincial. Le Conseil a accredité le STTP à titre d'agent négociateur d'une unité englobant les messagers employés par la demanderesse. Après réexamen de l'ordonnance d'accréditation, le Conseil a statué que, compte tenu du dossier qui lui a été présenté, la demanderesse exploite un service postal et que les dispositions du *Code canadien du travail* s'appliquent donc aux activités de la demanderesse.

La demanderesse a soutenu que « service postal » s'entend du service postal national tel que la SCP, société d'État fédérale, le fournit actuellement et tel que le fournissait avant elle le ministère fédéral des Postes. Puisque la demanderesse est exploitée exclusivement en Ontario, cette société est, selon elle, une entreprise de nature locale dont les relations de travail ne sont pas régies par le Code. Pour sa part, le défendeur a affirmé que la demanderesse fournit un service postal au sens du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, parce qu'il s'agit d'activités que le législateur fédéral pourrait autoriser la SCP à accomplir dans le cadre du monopole qu'elle exerce en matière postale, soit offrir un service de livraison le jour même de lettres et de petit colis.

Il s'agissait de déterminer si l'entreprise de la demanderesse consistant à livrer des articles de nature urgente relève de la compétence fédérale, en matière de « service postal », établie au paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

*Arrêt* : la demande doit être accueillie.

Les « activités habituelles » et l'« exploitation quotidienne » de la demanderesse sont de nature à ce point locale et restreinte qu'elles donnent à penser que la demanderesse n'est pas une entreprise fédérale. L'interprétation du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a déterminé le sort de la question en litige. La livraison de lettres et de colis à Toronto par la demanderesse est indépendante de tout contrat ou autre type de relation avec la SCP. On ne pouvait donc pas affirmer que les activités de la demanderesse sont de compétence fédérale. La fourniture par la demanderesse d'un service qui n'est ni offert par la SCP, ni compris dans le monopole légal exercé par cette dernière, ne permettait pas de considérer que son entreprise fait partie intégrante des activités de la SCP.

Le Conseil a fait fausse route à cause de trois erreurs commises dans l'interprétation du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Premièrement, sa conclusion que le « service postal » visé au paragraphe 91(5) ne se limite pas nécessairement aux services fournis par la SCP parce que l'alinéa 5(1)(a) de la LSCP énonce que la SCP a pour mission d'exploiter « un service postal », non « le service postal », a procédé d'une importance exagérée attachée à cette disposition. Les textes de loi édictés en vertu de ce chef

shed some light on what the drafters of the Constitution intended. The terms of *The Post Office Act* 1867 enacted soon after Confederation, were more relevant to determining the meaning of subsection 91(5) than the CPC Act. Furthermore, the most important text for present purposes, subsection 91(5) itself, places no article, definite or indefinite, before the relevant head of federal power, “Postal Service.” Second, the Board stated that the term “Postal Service” should be interpreted broadly so as to include the postal services provided by the applicant because of comments made in *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*. While the breadth of the federal head of power under subsection 91(5) was emphasized in that case, there was no suggestion that the words “Postal Service” include services provided by private companies independently of the entity responsible for the national postal service. Third, the Board was apparently of the view that because paragraph 15(1)(e) of the CPC Act exempts the delivery of urgent mail from the CPC’s monopoly, it must be a postal service. It is inconceivable that any of the activities exempted by subsection 15(1), if conducted wholly within a province, fall under federal legislative competence.

Regarding the interpretation of the Constitution, the text, context and purpose of the provision in dispute were considered. Although not much could be inferred from the words “Postal Service” that had a bearing on the present debate, the choice of the singular form of the noun provided some support for the applicant’s position that there is only one postal service in Canada. As for context, the meaning of provisions of the Constitution is not frozen in time; their text is to be interpreted in light of events after 1867. However, the historical context from which the *Constitution Act, 1867* emerged could assist in its interpretation. Based on the essential characteristics of the postal service throughout its history in Canada that were examined in this case, including that the service is universal and available to all, the applicant has none of the characteristics of a postal service. With respect to the purposes served by subsection 91(5) in conferring exclusive legislative competence on Canada regarding “Postal Service”, they were largely to be found in the essential characteristics referred to above.

The considerations examined herein indicated that “Postal Service” in subsection 91(5) refers to the national delivery system, which is currently either operated directly by the CPC or managed by it through contracts with other entities. Moreover, the interpretation is easy to apply and does not require a case-by-case analysis to determine how much of a courier’s business is devoted to the collection and delivery of

de compétence ne constituent qu’un contexte susceptible de nous renseigner sur l’intention des rédacteurs de la Constitution. S’agissant d’établir le sens du paragraphe 91(5), le libellé de *l’Acte du Bureau des Postes*, 1867, édicté peu après la Confédération, a plus de pertinence que la LSCP. Qui plus est, dans la version anglaise du texte le plus important en l’occurrence, le paragraphe 91(5) lui-même énonçant le chef de compétence fédérale, « *Postal Service* », n’est précédé d’aucun article, défini ou indéfini. Deuxièmement, le Conseil a estimé que les mots « service postal » doivent recevoir une interprétation large, incluant les services postaux fournis par la demanderesse, en raison des commentaires faits dans l’arrêt *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*. Même si l’étendue du chef de compétence fédérale conféré au paragraphe 91(5) était soulignée dans cette affaire, rien dans ces motifs ne donne à penser que les mots « service postal » comprennent les services fournis par des sociétés indépendantes de l’entité chargée du service postal national. Troisièmement, le Conseil semble avoir considéré que, la transmission par porteur de lettres urgentes étant exclue du monopole de la SCP à l’alinéa 15(1)(e) de la LSCP, il s’agit d’un service postal. Il est inconcevable que les activités exclues au paragraphe 15(1), si elles ont lieu entièrement à l’intérieur d’une province, relèvent de la compétence législative fédérale.

En ce qui concerne l’interprétation de la Constitution, le texte, le contexte et l’objet de la disposition en cause ont été pris en compte. Les mots « service postal » n’apportent rien de bien pertinent au présent débat, quoique le recours au singulier, plutôt qu’au pluriel, appuie jusqu’à un certain point la position de la demanderesse, selon laquelle il y a un seul service postal au Canada. Quant au contexte, le sens des dispositions constitutionnelles n’est pas figé dans le temps; leur libellé doit être interprété en fonction de ce qui est survenu depuis 1867. Toutefois, le contexte historique ayant présidé à la naissance de la *Loi constitutionnelle de 1867* peut aider à en interpréter le texte. Compte tenu des caractéristiques essentielles du service postal, dans l’ensemble de son histoire au Canada, qui ont été analysées en l’espèce, notamment le fait qu’il s’agit d’un service universel dont tous peuvent se prévaloir, nul besoin de dire que la demanderesse ne présente aucune de ces caractéristiques d’un service postal. Les caractéristiques susmentionnées permettent en grande partie de dégager les objets poursuivis par l’attribution au Canada, au paragraphe 91(5), d’une compétence législative exclusive en matière de « service postal ».

Il ressortait de l’analyse en l’espèce que les mots « service postal », au paragraphe 91(5), renvoient au système national de livraison, dont le fonctionnement, à l’heure actuelle, est assuré directement par la SCP ou géré par elle au moyen de contrats passés avec d’autres entités. En outre, cette interprétation est d’application facile et ne requiert pas d’analyse au cas par cas pour déterminer la proportion des activités d’une

mailable material and how much to other items. The achievement of predictability and certainty being important goals in constitutional interpretation, whenever possible, courts should avoid interpretations that require decision makers “to splice and dice discrete differences among companies”.

Therefore, the applicant’s operations did not constitute “Postal Service” for the purpose of subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867*. Rather, they are a local undertaking within the meaning of subsection 92(10) and are thus within provincial legislative competence.

entreprise de messagerie qui se rapporte à la cueillette et à la livraison d’articles qui auraient pu passer par le système postal par rapport à celle qui se rapporte à d’autres articles. La prévisibilité et la certitude étant des objectifs importants dans l’interprétation constitutionnelle, dans la mesure du possible, les tribunaux doivent éviter les interprétations obligeant les décideurs à « décortiquer les différences subtiles entre les entreprises ».

Par conséquent, les activités de la demanderesse ne constituent pas un « service postal » au sens du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce sont plutôt les activités d’une entreprise de nature locale au sens du paragraphe 92(10), ressortissant de ce fait au pouvoir législatif provincial.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2, ss. 2 “federal work, undertaking or business” (as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 17; 1996, c. 31, s. 89; 1999, c. 28, s. 169), 18.  
*Canada Post Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-10, ss. 5(1)(a), 14, 15 (as am. by S.C. 2010, c. 12, s. 1885).  
*Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], ss. 91(5), 92(10).  
*Post Office Act 1867 (The)*, S.C. 1867, c. 10, ss. 7, 32.

#### TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

*Treaty concerning the formation of a General Postal Union*, signed at Berne, October 9, 1874.

#### CASES CITED

##### APPLIED:

*NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696, 326 D.L.R. (4th) 21, [2010] 12 W.W.R. 402.

##### CONSIDERED:

*Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248, [1948] 3 D.L.R. 801, (1948), 91 C.C.C. 566; *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407, 469 A.R. 50, 313 D.L.R. (4th) 285; *Letter Carriers’ Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers et al.*,

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Acte du Bureau des Postes*, 1867, S.C. 1867, ch. 10, art. 7, 32.  
*Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2, art. 2 « entreprises fédérales » (mod. par L.C. 1990, ch. 44, art. 17; 1996, ch. 31, art. 89; 1999, ch. 28, art. 169), 18.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(5), 92(10).  
*Loi sur la société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), ch. C-10, art. 5(1)(a), 14, 15 (mod. par L.C. 2010, ch. 12, art. 1885).

#### TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

*Traité concernant la création d’une Union générale des Postes*, signé à Berne, le 9 octobre 1874.

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248; *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407; *Letter Carriers’ Union of Canada c. Canadian Union of Postal Workers et al.*, [1975] 1 R.C.S. 178; *Canada Post Corp. v. Canadian Union of Postal Workers*, [1988] F.C.J.

[1975] 1 S.C.R. 178, (1973), 40 D.L.R. (3d) 105, [1974] 1 W.W.R. 452; *Canada Post Corp. v. Canada Union of Postal Workers*, [1988] F.C.J. No. 37 (C.A.) (QL); *Critical Path Couriers Ltd.*, 2011 CIRB 604.

REFERRED TO:

*Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, 329 N.B.R. (2d) 1; *T.O. Turtle Express Inc.*, 2010 CIRB LD 2365; *L.D. J.V. Courier Plus Inc.* (2007), Order No. 9261-U; *Intelcom Courier Canada Inc.* (2003), Order No. 8561-U; *Wilson v. Globex Plus Messenger Service*, 2005 CanLII 28962 (O.L.R.B.); *Kenjak (c.o.b. Aries Courier Services) (Re)*, [2005] M.L.B.D. No. 8 (QL); *King (Re)*, [2005] B.C.E.S.T.D. No. 37 (QL).

AUTHORS CITED

Campbell, Robert M. *The Politics of the Post: Canada's Postal System from Public Service to Privatization*. Peterborough: Broadview Press, 1994.  
 Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented. Toronto: Thomson/Carswell, 2007.

APPLICATION for judicial review to set aside a Canada Industrial Relations Board decision (2010 CIRB 544) holding that the applicant was providing a postal service within the meaning of subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867* and that its operations therefore fell within the competence of Parliament. Application allowed.

APPEARANCES

*Roy C. Filion, Q.C.* and *Deborah J. Hudson* for applicant.  
*John D. R. Craig* and *Trevor Guy* for intervener.  
*Zachary Green* and *Hart Schwartz* for Attorney General of Ontario.  
*Paul J. J. Cavalluzzo* and *Adrienne Telford* for respondent.

SOLICITORS OF RECORD

*Filion Wakely Thorup Angeletti LLP*, Toronto, for applicant.  
*Heenan Blaikie LLP*, Toronto, for intervener.  
*Attorney General of Ontario*, Toronto, for Attorney General of Ontario.

n° 37 (C.A.) (QL); *Critical Path Couriers ltée*, 2011 CCRI 604.

DÉCISIONS CITÉES :

*Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, 329 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 1; *T.O. Turtle Express Inc.*, 2010 CCRI LD 2365; *L.D. J.V. Courier Plus Inc.* (2007), Ordonnance n° 9261-U; *Intelcom Courier Canada Inc.* (2003), Ordonnance n° 8561-U; *Wilson v. Globex Plus Messenger Service*, 2005 CanLII 28962 (C.R.T.O.); *Kenjak (c.o.b. Aries Courier Services) (Re)*, [2005] M.L.B.D. n° 8 (QL); *King (Re)*, [2005] B.C.E.S.T.D. n° 37 (QL).

DOCTRINE CITÉE

Campbell, Robert M. *The Politics of the Post : Canada's Postal System from Public Service to Privatization*. Peterborough : Broadview Press, 1994.  
 Hogg, Peter W., *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. Supplémentée. Toronto : Thomson/Carswell, 2007.

DEMANDE de contrôle judiciaire recherchant l'annulation d'une décision du Conseil canadien des relations industrielles (2010 CCRI 544), selon laquelle la demanderesse, fournissant un service postal au sens du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, exerçait des activités qui relevaient de la compétence fédérale. Demande accueillie.

ONT COMPARU

*Roy C. Filion, c.r.* et *Deborah J. Hudson* pour la demanderesse.  
*John D. R. Craig* et *Trevor Guy* pour l'intervenante.  
*Zachary Green* et *Hart Schwartz* pour le procureur général de l'Ontario.  
*Paul J. J. Cavalluzzo* et *Adrienne Telford* pour le défendeur.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Filion Wakely Thorup Angeletti LLP*, Toronto, pour la demanderesse.  
*Heenan Blaikie LLP*, Toronto, pour l'intervenante.  
*Le procureur général de l'Ontario*, Toronto, pour le procureur général de l'Ontario.

*Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre and Cornish LLP*, Toronto, for respondent.

*Cavalluzzo Hayes Shilton McIntyre and Cornish LLP*, Toronto, pour le défendeur.

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

EVANS J.A.:

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

LE JUGE EVANS, J.C.A. :

#### Introduction

[1] The question to be decided in this case is whether a bicycle and pedestrian courier company is providing “Postal Service” within the meaning of subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867*, 30 & 31 Victoria, 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]] by delivering time-sensitive letters and packages exclusively within Toronto. If it is, the company’s operations are subject to the laws enacted by Parliament and, as a federal undertaking or business within the meaning of section 2 [as am. by S.C. 1990, c. 44, s. 17; 1996, c. 31, s. 89; 1999, c. 28, s. 169] of the *Canada Labour Code*, R.S.C., 1985, c. L-2 (Code), the Code applies to its labour relations. However, if the company is not providing “Postal Service”, it is a local undertaking under subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*, and the laws of Ontario regulate its labour relations.

[2] This question arises from an application for judicial review by an employer, TurnAround Couriers Inc. (TurnAround), to set aside a decision of the Canada Industrial Relations Board (Board), dated October 18, 2010 (2010 CIRB 544).

[3] In that decision, the Board held that TurnAround was providing a postal service within the meaning of subsection 91(5) and that its operations therefore fell within the competence of Parliament. As a result, the Board had jurisdiction under the Code to certify the Canadian Union of Postal Workers (CUPW) as the sole bargaining agent for TurnAround’s employees.

[4] Canada Post Corporation (CPC) and the Attorney General of Ontario intervened in support of TurnAround’s application, which CUPW, the respondent, opposes.

#### Introduction

[1] La Cour doit établir en l’espèce si une société de messagerie à bicyclette et à pied effectuant des livraisons urgentes de courrier et de colis à Toronto uniquement fournit un « service postal » au sens du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, 30 & 31 Victoria, 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]]. Si tel est le cas, les activités de la société sont assujetties aux lois fédérales et, comme entreprise fédérale au sens de l’article 2 [mod. par L.C. 1990, ch. 44, art. 17; 1996, ch. 31, art. 89; 1999, ch. 28, art. 169] du *Code canadien du travail*, L.R.C. (1985), ch. L-2 (le Code), ses relations de travail sont régies par le Code. Cependant, si elle ne fournit pas de « service postal », elle est une entreprise de nature locale au sens du paragraphe 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et ses relations de travail sont régies par les lois de l’Ontario.

[2] Cette question a été soulevée dans le cadre de la demande de contrôle judiciaire présentée par un employeur, TurnAround Couriers Inc. (TurnAround), recherchant l’annulation d’une décision du Conseil canadien des relations industrielles (le Conseil) en date du 18 octobre 2010 (2010 CCRI 544).

[3] Le Conseil a statué que, TurnAround fournissant un service postal au sens du paragraphe 91(5), ses activités relevaient de la compétence fédérale, et qu’il était en conséquence habilité à accréditer le Syndicat des travailleurs et travailleuses des postes (STTP) à titre de seul agent négociateur des employés de TurnAround.

[4] La Société canadienne des postes (SCP) et le procureur général de l’Ontario sont intervenus pour appuyer la demande de TurnAround, que conteste le défendeur, le STTP.



[5] There is almost no judicial authority, or academic commentary, on the meaning and application of subsection 91(5), which provides as follows:

Legislative Authority of Parliament of Canada

**91.** It shall be lawful for the Queen, by and with the Advice and Consent of the Senate and House of Commons, to make Laws for the Peace, Order, and good Government of Canada, in relation to all Matters not coming within the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces; and for greater Certainty, but not so as to restrict the Generality of the foregoing Terms of this Section, it is hereby declared that (notwithstanding anything in this Act) the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

...

5. Postal Service.

...

And any Matter coming within any of the Classes of Subjects enumerated in this Section shall not be deemed to come within the Class of Matters of a local or private Nature comprised in the Enumeration of the Classes of Subjects by this Act assigned exclusively to the Legislatures of the Provinces.

[6] For the reasons that follow, I do not agree that TurnAround’s operations constitute “Postal Service” for the purpose of subsection 91(5), the only head of federal power that could apply to the present facts. Rather, they are a local undertaking within the meaning of subsection 92(10) of the *Constitution Act, 1867*, and are thus within provincial legislative competence.

[7] Accordingly, I would grant the application for judicial review and set aside the Board’s decision, on the ground that the Board had no constitutional jurisdiction to certify CUPW as the bargaining agent for TurnAround’s employees. I have included as an Appendix to these reasons the statutory provisions to which I refer.

[5] Il n’y a presque pas de jurisprudence ou de doctrine sur le sens ou l’application du paragraphe 91(5), dont voici le texte :

Autorité législative du parlement du Canada

**91.** Il sera loisible à la Reine, de l’avis et du consentement du Sénat et de la Chambre des Communes, de faire des lois pour la paix, l’ordre et le bon gouvernement du Canada, relativement à toutes les matières ne tombant pas dans les catégories de sujets par la présente loi exclusivement assignés aux législatures des provinces; mais, pour plus de garantie, sans toutefois restreindre la généralité des termes ci-haut employés dans le présent article, il est par la présente déclaré que (nonobstant toute disposition contraire énoncée dans la présente loi) l’autorité législative exclusive du parlement du Canada s’étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, savoir:

[...]

5. Le service postal

[...]

Et aucune des matières énoncées dans les catégories de sujets énumérés dans le présent article ne sera réputée tomber dans la catégorie des matières d’une nature locale ou privée comprises dans l’énumération des catégories de sujets exclusivement assignés par la présente loi aux législatures des provinces.

[6] Pour les motifs exposés ci-dessous, je ne suis pas d’avis que les activités de TurnAround constituent un « service postal » au sens du paragraphe 91(5), le seul chef de compétence fédérale pouvant s’appliquer aux faits. Ce sont plutôt les activités d’une entreprise de nature locale au sens du paragraphe 92(10) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ressortissant de ce fait au pouvoir législatif provincial.

[7] Par conséquent, j’accueillerais la demande de contrôle judiciaire et j’annulerais la décision du Conseil, ce dernier ne jouissant pas de la compétence constitutionnelle nécessaire pour accréditer le STTP à titre d’agent négociateur pour les employés de TurnAround. Les dispositions législatives mentionnées dans les présents motifs sont reproduites en annexe.

## Factual Background

[8] The relevant facts are not in dispute and can be stated briefly. TurnAround is a for-profit corporation with a social mission: to provide “at-risk” youth with an opportunity to turn around their lives by offering them employment as couriers and in its office. The company also provides interest-free loans to its employees to purchase bikes, helmets, locks, and maps, together with other forms of assistance, including scholarships to those wishing to return to school. Its aim is to help young people experiencing difficulties in life to gain self-confidence and enter the mainstream economy.

[9] At the material time, TurnAround employed six bicycle couriers and two walkers. Most of their pick-ups and deliveries were within the central core of Toronto. In addition, employees sometimes travelled by subway to collect or deliver mail and packages for customers further out in the Greater Toronto Area (GTA). TurnAround operated exclusively within Ontario.

[10] TurnAround generally delivered material on the same day that it was picked up. This is a service that the CPC did not provide and was not within the terms of its statutory monopoly. TurnAround had no contracts or any other connections with either the CPC or an interprovincial carrier.

[11] On June 8, 2010, the Board certified CUPW as the bargaining agent for a unit comprising the couriers employed by TurnAround: certification order No. 9879-U. TurnAround was self-represented at the Board hearing by its president. No one questioned whether the Board had the constitutional jurisdiction to deal with CUPW’s application for certification.

[12] After the Board certified CUPW, TurnAround retained counsel who requested the Board to exercise its jurisdiction under section 18 of the Code to review and rescind its order, on the ground that TurnAround’s operations were not subject to federal law and the certification order was therefore beyond the constitutional limits of the Board’s jurisdiction.

## Les faits

[8] Les faits pertinents ne sont pas contestés et peuvent être exposés brièvement. TurnAround est une société à but lucratif poursuivant une mission sociale : fournir aux jeunes « à risque » l’occasion de repartir du bon pied en leur offrant un emploi comme messenger ou un emploi de bureau. Elle consent également des prêts sans intérêt à ses employés pour qu’ils puissent acheter des vélos, des casques, des cadenas et des cartes et elle leur offre d’autres formes d’aide, comme des bourses pour retourner aux études. Elle vise à aider les jeunes en difficulté en leur donnant confiance en eux et en leur permettant de tenir un rôle sur la scène économique.

[9] Au moment des faits, TurnAround employait six messagers à bicyclette et deux messagers à pied dont les activités de collecte et de livraison se déroulaient pour la plupart dans le centre de Toronto. Il arrivait parfois que les employés utilisent le métro pour ramasser ou livrer du courrier ou des colis à des clients de l’extérieur de la Région du Grand Toronto (RGT). Les activités de TurnAround s’exerçaient exclusivement en Ontario.

[10] Les livraisons étaient généralement effectuées le jour même; il s’agit là d’un service que la SCP ne fournit pas et qui ne relève pas du monopole légal qu’elle exerce. TurnAround n’était pas liée, contractuellement ou autrement, avec la SCP ou avec un transporteur interprovincial.

[11] Par l’ordonnance d’accréditation n° 9879-U en date du 8 juin 2010, le Conseil a accrédité le STTP à titre d’agent négociateur d’une unité englobant les messagers employés par TurnAround. Devant le Conseil, TurnAround était représentée par son président. La question de la compétence constitutionnelle du Conseil à l’égard de la demande d’accréditation n’a pas été soulevée.

[12] Après le prononcé de l’ordonnance d’accréditation, TurnAround s’est adressée à un avocat, lequel a demandé au Conseil de réexaminer et annuler son ordonnance sous le régime de l’article 18 du Code, arguant que les activités de TurnAround n’étaient pas soumises aux lois fédérales et que l’ordonnance outrepassait donc les limites constitutionnelles de la compétence du Conseil.

Decision of the Board

[13] Despite objections by CUPW, the Board exercised its discretion under section 18 of the Code to review the certification order. CUPW has not challenged this decision.

[14] On the basis of written submissions from the parties on the constitutional law issue, the Board held that subsection 91(5) was the only possible source of federal legislative competence over TurnAround’s operations. This was because, unlike national and international courier companies such as FedEx and Purolator, TurnAround operated exclusively within a province and its activities were not integral to any interprovincial work or undertaking. The sole question for the Board to decide, therefore, was whether TurnAround was providing a postal service within the meaning of subsection 91(5).

[15] The Board noted at the outset of its analysis (at paragraph 27) that in *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] S.C.R. 248 (*Minimum Wage Act Reference*), at page 270, Justice Estey had stated that “Postal Service” in subsection 91(5) was “a phrase of the widest import”.

[16] Turning to the *Canada Post Corporation Act*, R.S.C., 1985, c. C-10 (CPC Act), the Board observed that section 15 [as am. by S.C. 2010, c. 12, s. 1885] limits CPC’s exclusive privilege under section 14 of collecting, transmitting, and delivering letters within Canada. In particular, paragraph 15(1)(e) provides as follows:

Exception      **15.** (1) The exclusive privilege referred to in subsection 14(1) does not apply to

...

(e) letters of an urgent nature that are transmitted by a messenger for a fee at least equal to an amount that is three times the regular rate of postage payable for delivery in Canada of similarly addressed letters weighing fifty grams;

Décision du conseil

[13] Passant outre aux objections du STTP, le Conseil a accepté d’exercer le pouvoir discrétionnaire de réexamen prévu à l’article 18 du Code. Le STTP n’a pas contesté cette décision.

[14] Sur le fondement des observations écrites soumises par les parties au sujet de la question constitutionnelle, le Conseil a statué que la seule source possible de compétence fédérale à l’égard des activités de TurnAround était le paragraphe 91(5), parce que, contrairement aux sociétés de messagerie nationale et internationale comme FedEx et Purolator, TurnAround exerçait son entreprise à l’intérieur d’une seule province et que ses activités ne faisaient partie intégrante d’aucune entreprise interprovinciale. Il restait alors uniquement à déterminer si TurnAround fournissait un service postal au sens du paragraphe 91(5).

[15] Au début de son analyse (au paragraphe 27), le Conseil a rappelé que le juge Estey, dans *Reference re Minimum Wage Act of Saskatchewan*, [1948] R.C.S. 248 (le *Renvoi sur le salaire minimum*), à la page 270, avait statué que les mots « service postal », au paragraphe 91(5), formaient [TRADUCTION] « une expression dont le sens est très large ».

[16] Au sujet de la *Loi sur la Société canadienne des postes*, L.R.C. (1985), ch. C-10 (la LSCP), le Conseil a signalé que l’article 15 [mod. par L.C. 2010, ch.12, art. 1885] de cette loi restreint le privilège exclusif de relever, transmettre et distribuer des lettres au Canada, conféré à la SCP par l’article 14. L’alinéa 15(1)e prévoit notamment ce qui suit :

Exceptions      **15.** (1) Le privilège exclusif octroyé au paragraphe 14(1) ne s’applique pas aux documents suivants :

[...]

e) les lettres urgentes transmises par porteur moyennant une rétribution au moins égale à trois fois le port exigible pour la distribution au Canada de lettres de destination comparable pesant cinquante grammes;

[17] The Board based its decision largely on this provision, and the fact that a statutory object of the CPC is to establish and operate “a postal service”, not the postal service (CPC Act, paragraph 5(1)(a)) [emphasis added]. It reasoned (at paragraph 29) that Parliament intended that the CPC would not necessarily be the sole provider of postal services:

... and contemplated that other enterprises could and would be involved in the provision of postal services within the meaning of section 91(5) of the *Constitution Act*.

[18] The Board then examined the activities of TurnAround from a functional and practical perspective, and concluded (at paragraph 33) that:

... the pith and substance of TurnAround’s operations is the collection, transportation and delivery, for a fee, of small items capable of being carried by someone on foot or on a bicycle. The items that TurnAround deals with, generally letters and small packages, are clearly “mailable matter” within the meaning of the *CPC Act*. ... But for their time sensitive nature, these are items that could be carried by CPC in the normal course of its operations.

[19] On the basis of the record before it, and distinguishing the few decisions (mainly by labour boards) cited to it, the Board held (at paragraph 37) that:

... TurnAround is engaged in providing a postal service and thus its operations fall within the legislative competence of the Parliament of Canada pursuant to section 91(5) of the *Constitution Act*. The provisions of the *Code* therefore apply to TurnAround’s operations and the Board had the requisite jurisdiction to issue certification order No. 9879-U.

#### Issue

[20] The issue to be decided in this case is whether TurnAround’s business of delivering time-sensitive material falls within federal jurisdiction over “Postal Service” by virtue of subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867*.

[17] La décision du Conseil repose en grande partie sur cette disposition et sur le fait que l’un des mandats confiés à la SCP par la LSCP était d’exploiter « un service postal » et non pas « le service postal (LSCP, paragraphe 5(1)a)) [non souligné dans l’original]. Selon le raisonnement du Conseil (au paragraphe 29), l’intention du législateur était que la SCP ne soit pas nécessairement l’unique pourvoyeur de services postaux :

[...] il envisageait l’existence d’autres entreprises autorisées à fournir des services postaux au sens du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle*.

[18] Le Conseil a ensuite examiné les activités de TurnAround d’un point de vue fonctionnel et pratique, pour conclure (au paragraphe 33) :

[...] la nature et le caractère véritables des activités de TurnAround est de ramasser, de transporter et de livrer, moyennant des frais, de petits articles qu’une personne peut transporter à pied ou à vélo. Les articles traités par TurnAround, généralement des lettres et de petits colis, sont sans contredit des « objets » au sens de la LSCP [...] Si ce n’était de la nature urgente de ces articles, la SCP pourrait les transporter dans le cadre normal de ses activités.

[19] Compte tenu du dossier qui lui a été présenté et des distinctions qu’il a faites au sujet des quelques décisions (émanant principalement de conseils de relations du travail) qui lui ont été citées, le Conseil a jugé (au paragraphe 37) que :

[...] TurnAround exploite un service postal et que ses activités relèvent de la compétence du Parlement du Canada en vertu du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle*. Les dispositions du *Code* s’appliquent donc aux activités de TurnAround et le Conseil avait compétence pour rendre l’ordonnance d’accréditation n° 9879-U.

#### La question en litige

[20] La Cour doit déterminer si l’entreprise de TurnAround consistant à livrer des articles de nature urgente relève de la compétence fédérale en matière de « service postal » établie au paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

[21] In a nutshell, TurnAround and the interveners argue that “Postal Service” means Canada’s national postal service, currently provided by CPC, a federal crown corporation, and previously by the Post Office, a department of the federal government. Since it operates entirely within the province of Ontario, they submit that TurnAround is a local undertaking and, as such, its labour relations are not regulated by the Code. CUPW, on the other hand, says that TurnAround is providing a postal service within the meaning of subsection 91(5) because it is doing something that Parliament could authorize the CPC to do as part of its monopoly over postal service: offer a same-day local delivery service for letters and small packages.

#### Analysis

##### (i) *Preliminary matters*

[22] First, correctness is the applicable standard of review because the principal question before the Board involved the interpretation of subsection 91(5) of the *Constitution Act, 1867: Dunsmuir v. New Brunswick*, 2008 SCC 9, [2008] 1 S.C.R. 190, at paragraph 58. However, the findings of fact on which the Board based its decision are entitled to deference, despite their constitutional significance: *Consolidated Fastfrate Inc. v. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 SCC 53, [2009] 3 S.C.R. 407 (*Fastfrate*), at paragraph 26. In the present case, the accuracy of the Board’s findings of fact is not in dispute.

[23] Second, there is a constitutional presumption that labour relations are within provincial legislative competence and the situations falling within federal jurisdiction are exceptional and limited in scope: *Fastfrate*, at paragraphs 27–28; *NIL/TU, O Child and Family Services Society v. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 SCC 45, [2010] 2 S.C.R. 696 (*NIL/TU, O*), at paragraph 11.

##### (ii) *The functional test*

[21] Pour résumer, TurnAround et les intervenants soutiennent que « service postal » s’entend du service postal national tel que la SCP, société d’État fédérale, le fournit actuellement et tel que le fournissait avant elle le ministère fédéral des Postes. Puisque l’entreprise de TurnAround est exploitée exclusivement en Ontario, cette société est, selon eux, une entreprise de nature locale dont les relations de travail ne sont pas régies par le Code. Le STTP, par contre, affirme que TurnAround fournit un service postal au sens du paragraphe 91(5) parce qu’il s’agit d’activités que le législateur fédéral pourrait autoriser la SCP à accomplir dans le cadre du monopole qu’elle exerce en matière postale : offrir un service de livraison le jour même de lettres et de petits colis.

#### Analyse

##### i) *Questions préliminaires*

[22] Premièrement, la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte parce que la principale question soulevée devant le Conseil supposait l’interprétation du paragraphe 91(5) de la *Loi constitutionnelle de 1867 : Dunsmuir c. Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 R.C.S. 190, au paragraphe 58. Toutefois, la déférence s’impose à l’égard des conclusions de fait sous-tendant la décision du Conseil, en dépit de leur portée constitutionnelle : *Consolidated Fastfrate Inc. c. Western Canada Council of Teamsters*, 2009 CSC 53, [2009] 3 R.C.S. 407 (*Fastfrate*), au paragraphe 26. En l’espèce, le bien-fondé de ces conclusions de fait n’est pas contesté.

[23] Deuxièmement, les relations de travail sont présumées être de compétence provinciale, et le rattachement à la compétence fédérale est exceptionnel et de portée restreinte : *Fastfrate*, paragraphes 27 et 28; *NIL/TU, O Child and Family Services Society c. B.C. Government and Service Employees’ Union*, 2010 CSC 45, [2010] 2 R.C.S. 696 (*NIL/TU, O*), au paragraphe 11.

##### ii) *Le critère fonctionnel*

[24] *NIL/TU,O* reminds us (at paragraph 3) that an analysis of whether the regulation of the labour relations of an employer falls within federal or provincial jurisdiction starts with:

... an inquiry into the nature, habitual activities and daily operations of the entity in question to determine whether it constitutes a federal undertaking. This inquiry is known as the “functional test”.

[25] TurnAround’s business involves the collection, transportation and delivery, for a fee, of time-sensitive letters and small packages exclusively within the GTA. An item is generally delivered on the same day that it is collected. TurnAround has no connection of any kind with the CPC or any other interprovincial delivery service. Its “habitual activities and daily operations” are so local and limited in nature as to suggest that TurnAround is not a federal undertaking.

[26] Only if these activities constitute the provision of “Postal Service” within the meaning of subsection 91(5) will TurnAround’s labour relations be subject to federal law. The parties agree that the interpretation of subsection 91(5) will be determinative of the issue in dispute. Thus, if “Postal Service” in subsection 91(5) means, as TurnAround argues, the national postal service, it is clear that the Board had no constitutional jurisdiction to grant CUPW’s certification request.

[27] In the particular circumstances of this case, it is not relevant to undertake the next step in the analytical framework established by the majority in *NIL/TU,O* (at paragraph 3): a determination of whether the provincial regulation of TurnAround’s labour relations would impair the “core” of the federal power with respect to postal service. However, were such an inquiry necessary, the “core” of Canada’s exclusive power over postal service would not, in my view, be impaired if TurnAround’s labour relations were regulated by provincial law.

[24] L’arrêt *NIL/TU,O* nous rappelle (au paragraphe 3) que le rattachement de la réglementation des relations de travail d’un employeur à la compétence fédérale ou à la compétence provinciale commence par :

[...] l’examen de la nature, des activités habituelles et de l’exploitation quotidienne de l’entité en question afin de déterminer s’il s’agit d’une entreprise fédérale. Cet examen est appelé le « critère fonctionnel ».

[25] L’entreprise de TurnAround consiste à ramasser, transporter et livrer moyennant rétribution des lettres et petits colis de nature urgente dans la RGT exclusivement. Tous les articles sont généralement livrés le jour même de leur collecte. TurnAround n’a aucun lien avec la SCP ni avec d’autre service interprovincial de livraison. Ses « activités habituelles » et son « exploitation quotidienne » sont de nature à ce point locale et restreinte qu’elles donnent à penser que TurnAround n’est pas une entreprise fédérale.

[26] Ce n’est que si ces activités constituent la fourniture d’un service postal au sens du paragraphe 91(5) que les relations de travail de TurnAround seront soumises aux lois fédérales. Les parties conviennent que l’interprétation de cette disposition déterminera le sort de la question en litige. Donc, si le « service postal » visé au paragraphe 91(5) s’entend, comme le soutient TurnAround, du service postal national, il ne fait aucun doute que le Conseil n’est pas constitutionnellement habilité à accéder à la demande d’accréditation du STTP.

[27] Il n’y a pas lieu, compte tenu des circonstances particulières de l’espèce, d’entreprendre l’étape suivante du cadre analytique établi par la majorité dans l’arrêt *NIL/TU,O* (au paragraphe 3), c’est-à-dire établir si la réglementation par la province des relations de travail de TurnAround porterait atteinte au « contenu essentiel » du chef de compétence fédérale en matière de service postal. Si toutefois un tel examen s’imposait, il en ressortirait à mon avis que l’assujettissement à la réglementation provinciale des relations de travail de TurnAround n’entraînerait pas d’atteinte au « contenu essentiel » du pouvoir exclusif du Canada relativement au service postal.

(iii) *Subsection 91(5)*

## (a) Jurisprudence

[28] As I have already indicated, the question raised in this case appears to be one of first impression. True, both provincial labour relations boards and the Board have assumed jurisdiction over same-day courier companies. See, for example, decisions of the Board certifying CUPW as the bargaining agent: *T.O. Turtle Express Inc.*, 2010 CIRB LD 2365; *L.D. J.V. Courier Plus Inc.* (2007), Order No. 9261-U; *Intelcom Courier Canada Inc.* (2003), Order No. 8561-U. And for examples of orders by provincial boards applying provincial employment standards legislation to employees, see *Wilson v. Globex Plus Messenger Service*, 2005 CanLII 28962 (O.L.R.B.); *Kenjak (c.o.b. Aries Courier Services) (Re)*, [2005] M.L.B.D. No. 8 (QL); *King (Re)*, [2005] B.C.E.S.T.D. No. 37 (QL). However, it appears that in no previous case has the constitutional issue been considered.

[29] However, the constitutional issue has been raised in connection with businesses providing a delivery service under a contract with the CPC. For example, in *Letter Carriers' Union of Canada v. Canadian Union of Postal Workers et al.*, [1975] 1 S.C.R. 178, an employer had contracted with the Post Office to deliver and collect mail. The Court held that the labour relations of the truck drivers employed by the employer were governed by the *Canada Labour Code* and that the Labour Relations Board of Saskatchewan had exceeded its constitutional jurisdiction when it certified the respondent union as their bargaining agent.

[30] Similarly, in *Canada Post Corp. v. Canada Union of Postal Workers*, [1988] F.C.J. No. 37 (C.A.) (QL), this Court dismissed the argument that the Canada Labour Relations Board had exceeded the constitutional limits of its jurisdiction by finding that there had been a sale of a business when a post office operated by the CPC in a shopping mall closed, and a new post office operated by a drug store in the same mall opened.

iii) *Paragraphe 91(5)*

## a) Jurisprudence

[28] Comme je l'ai déjà indiqué, la question soulevée en l'espèce semble relever de la première impression. Il est vrai que le Conseil et des conseils provinciaux de relations de travail ont exercé compétence à l'égard de sociétés de messagerie offrant un service de livraison le jour même. Voir, notamment, les décisions du Conseil accréditant le STTP comme agent négociateur : *T.O. Turtle Express Inc.*, 2010 CCRI LD 2365; *L.D. J.V. Courier Plus Inc.* (2007), Ordonnance n° 9261-U; *Intelcom Courier Canada Inc.* (2003), Ordonnance n° 8561-U. Voir aussi, pour des exemples d'ordonnances rendues par des conseils provinciaux sous le régime de lois sur les normes de travail : *Wilson v. Globex Plus Messenger Service*, 2005 CanLII 28962 (C.R.T.O.); *Kenjak (c.o.b. Aries Courier Services) (Re)*, [2005] M.L.B.D. n° 8 (QL); *King (Re)*, [2005] B.C.E.S.T.D. n° 37 (QL). Il semble toutefois n'y avoir jamais eu d'examen de la question constitutionnelle.

[29] La question constitutionnelle s'est cependant posée dans des affaires intéressant des entreprises fournissant des services de livraison en vertu d'un contrat avec la SCP. Dans l'arrêt *Letter Carriers' Union of Canada c. Canadian Union of Postal Workers*, [1975] 1 R.C.S. 178, par exemple, la Cour a statué que les relations de travail des chauffeurs de camions employés par une entreprise partie à un contrat de distribution et levée du courrier avec les postes canadiennes étaient régies par le *Code canadien du travail* et que la commission des relations de travail de la Saskatchewan avait outrepassé sa compétence constitutionnelle en accréditant le syndicat intimé à titre d'agent négociateur.

[30] Aussi, dans l'arrêt *Canada Post Corp. v. Canada Union of Postal Workers*, [1988] F.C.J. n° 37 (C.A.) (QL), notre Cour a rejeté l'argument selon lequel le Conseil canadien des relations industrielles avait outrepassé les limites constitutionnelles de sa compétence en concluant que l'exploitation par une pharmacie d'un nouveau bureau de poste après la fermeture de celui qui était précédemment exploité par la SCP dans le même centre commercial constituait une vente d'entreprise.

[31] The basis of the decisions in these cases, and others like them, is that the activities of the employers were integral to the work of either the Post Office, or its successor the CPC, because they provided services pursuant to contracts. Accordingly, the activities of the employers fell within subsection 91(5).

[32] In the present case, TurnAround did not deliver letters and packages in Toronto pursuant to a contractual or any other kind of relationship with the CPC. Therefore, on the basis of the above decisions it cannot be said that TurnAround's operations were within federal jurisdiction. The fact that TurnAround was providing a service that was neither provided by the CPC nor within the scope of its statutory monopoly is not sufficient to make its operations integral to those of the CPC.

(b) Interpretation of subsection 91(5)

1. Errors of the Board

[33] In my respectful view, the Board committed three errors in its approach to the interpretation of subsection 91(5) which led it astray. First, it relied too heavily on paragraph 5(1)(a) of the CPC Act which provides that the CPC is to operate “a postal service” [emphasis added] not “the postal service”, to support its conclusion that “Postal Service” in subsection 91(5) was not necessarily limited to the services provided by the CPC.

[34] The provisions of legislation enacted under the head of power in question provide no more than context that may shed some light on what the drafters of the Constitution intended. The terms of *The Post Office Act* 1867, S.C. 1867, c. 10, enacted soon after Confederation, are more relevant to determining the meaning of subsection 91(5) than the CPC Act, enacted more than a hundred years later. Section 7 of *The Post Office Act* 1867 established a Post Office Department for the “superintendence and management of the Postal Service of Canada” [emphasis added], while section 32 conferred on it, subject to some limited exceptions, a broad “exclusive privilege” to collect, convey and deliver

[31] Le fondement des décisions rendues dans ces affaires et dans d'autres affaires semblables est que les activités des employeurs font partie intégrante du travail de Postes Canada ou de la SCP, qui lui a succédé, parce qu'il s'agit de services fournis en exécution de contrats. Elles étaient donc visées par le paragraphe 91(5).

[32] En l'espèce, la livraison de lettres et de colis à Toronto par TurnAround est indépendante de tout contrat ou autre type de relation avec la SCP. Les décisions susmentionnées n'autorisent donc pas l'affirmation que les activités de TurnAround sont de compétence fédérale. La fourniture par TurnAround d'un service qui n'est ni offert par la SCP ni compris dans le monopole légal exercé par cette dernière ne permet pas de considérer que son entreprise fait partie intégrante des activités de la SCP.

b) Interprétation du paragraphe 91(5)

1. Erreurs du Conseil

[33] J'estime respectueusement que le Conseil a fait fausse route à cause de trois erreurs commises dans l'interprétation du paragraphe 91(5). Premièrement, sa conclusion que le « service postal » visé au paragraphe 91(5) ne se limite pas nécessairement aux services fournis par la SCP parce que l'alinéa 5(1)a) de la LSCP énonce que la SCP a pour mission d'exploiter « un service postal » [non souligné dans l'original], non « le service postal », procède d'une importance exagérée attachée à cette disposition.

[34] Les textes de loi édictés en vertu de ce chef de compétence ne constituent qu'un contexte susceptible de nous renseigner sur l'intention des rédacteurs de la Constitution. S'agissant d'établir le sens du paragraphe 91(5), le libellé de l'*Acte du Bureau des Postes*, 1867, S.C. 1867, ch. 10, édicté peu après la Confédération, a plus de pertinence que la LSCP, édictée plus d'un siècle plus tard. Or l'article 7 de l'*Acte du Bureau des Postes*, 1867, crée un département des postes chargé de la « surveillance et de l'administration du service postal du Canada » [non souligné dans l'original], tandis que l'article 32 prévoit que le département aura « seul et exclusivement » le vaste privilège de transporter,



letters within Canada. Furthermore, the most important text for present purposes, subsection 91(5) itself, places no article, definite or indefinite, before the relevant head of federal power, “Postal Service”.

[35] Second, the Board stated that the term “Postal Service” should be interpreted broadly so as to include the postal services provided by TurnAround, because Estey J. said in the *Minimum Wage Act Reference* case (at page 270) that they are words of “the widest import”. Hence, they should be interpreted to include postal services provided by entities other than the CPC.

[36] I do not agree. When Estey J.’s observation is read in context, it does not have the meaning attributed to it by the Board. He said (at page 270):

The phrase “Postal Service” does not appear to have been generally used prior to Confederation, but the business of the Post Office as then conducted, the use of the phrase “Postal business and arrangements” in the *Post Office Act* (Can.22 Vict., c. 31, s. 14(16)), indicate that the Imperial Parliament in adopting the phrase “Postal Service”, — a phrase of the widest import— in the *B.N.A. Act*, section 91(5), intended that it should be construed as sufficiently comprehensive to include all the accommodations and facilities provided by the Post Office.

[37] The issue in the *Minimum Wage Act Reference* was whether Saskatchewan’s minimum wage legislation applied to an employee in the post office in Maple Creek, Saskatchewan. It was argued that the legislation applied because no analogous federal legislation had been enacted with respect to employees of the Post Office. The Court rejected this argument, on the ground that provincial legislation that encroached upon the federal head of power over Postal Service was invalid, whether or not Parliament had exercised its legislative power to the fullest extent and dealt with the subject-matter of the provincial statute in the federal sphere.

[38] In the passage quoted above, Estey J. was emphasizing the breadth of the federal head of power under subsection 91(5), stating that it covers all the services

recevoir, recueillir, expédier et distribuer les lettres au Canada. Qui plus est, dans la version anglaise du texte le plus important en l’occurrence, le paragraphe 91(5) lui-même énonçant le chef de compétence fédérale, « Postal Service » n’est précédé d’aucun article, défini ou indéfini.

[35] Deuxièmement, le Conseil a estimé que les mots « service postal » doivent recevoir une interprétation large incluant les services postaux fournis par TurnAround parce que, dans le *Minimum Wage Act Reference*, le juge Estey a statué qu’il s’agissait d’une expression au [TRADUCTION] « sens [...] très large » (à la page 270). Il s’ensuit, selon le Conseil, qu’il faut considérer qu’elle englobe les services postaux fournis par des entités autres que la SCP.

[36] Je ne suis pas de cet avis. La position du juge Estey, placée dans son contexte, n’a pas ce sens. Le juge Estey a dit (à la page 270) :

[TRADUCTION] L’expression « service postal » ne semble pas avoir été utilisée de façon généralisée avant la Confédération, mais la façon dont les activités des Postes étaient menées et l’emploi de l’expression « affaires et conventions postales » dans l’*Acte du bureau des postes* (Can.22 Vict., ch. 31, art. 14.16) montrent que, lorsque le Parlement impérial a adopté l’expression « service postal » — une expression dont le sens est très large — au paragraphe 91(5) de l’AANB, le Parlement impérial voulait lui donner un sens suffisamment étendu pour qu’elle inclue tous les services et installations fournis par les Postes.

[37] Dans le *Minimum Wage Act Reference*, la Cour suprême devait établir si la loi de la Saskatchewan sur le salaire minimum s’appliquait à un employé du bureau de poste de Maple Creek, dans la province. L’on invoquait, à l’appui de la position selon laquelle la loi s’appliquait, l’absence de toute disposition fédérale analogue visant les employés des postes. La Cour a rejeté l’argument en statuant qu’une loi qui empiétait sur la compétence fédérale en matière de service postal était invalide, que le législateur fédéral ait ou non exercé la totalité de son pouvoir législatif et légiféré sur l’objet de la loi provinciale.

[38] Dans le passage précité, le juge Estey soulignait l’étendue du chef de compétence fédérale conféré au paragraphe 91(5), indiquant qu’il englobe tous les

and accommodations provided by the Post Office, including, as relevant to that case, the operation of local post offices. There is no suggestion here that the words “Postal Service” include services provided by private companies independently of the entity responsible for the national postal service. If anything, the quotation supports TurnAround because Estey J. stated that “Postal Service” in subsection 91(5) should be construed as referring to all the services provided by the Post Office.

[39] Third, the Board seems to have thought that because paragraph 15(1)(e) of the CPC Act exempts the delivery of urgent mail from the CPC’s monopoly, it must be a postal service. On this reasoning, entities engaged in any of the other activities exempted by subsection 15(1) would also be providing postal service within the meaning of subsection 91(5), including the delivery of inter-office mail (paragraph 15(1)(g)) and the service of process or a writ (paragraph 15(1)(b)). In my view, it is inconceivable that these activities, if conducted wholly within a province, fall under federal legislative competence.

## 2. Interpretative principles

[40] The interpretation of the Constitution, like that of legislation, is based on the text, context and purpose of the provision in dispute, as well as on principles associated particularly with constitutional interpretation, such as the “living tree” doctrine: see generally Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5th ed. supplemented (Toronto: Thomson/Carswell, 2007) (Hogg), at paragraphs 15.9, 60.1.

[41] **Text:** Not much can be inferred from the words “Postal Service” that bears on the present debate, although the choice of the singular form of the noun provides some support for TurnAround’s position that there is only one postal service in Canada, not as many as there are individuals providing some of the services that the CPC could provide.

[42] It might be suggested that if the drafters had intended subsection 91(5) to connote a single postal

services et installations fournis par le Bureau des postes, y compris, dans le contexte de cette affaire, l’exploitation de bureaux de poste locaux. Rien dans ces motifs ne donne à penser que les mots « service postal » comprennent les services fournis par des sociétés indépendantes de l’entité chargée du service postal national. Cette citation appuierait même plutôt la position de TurnAround puisque le juge Estey y déclare que le « service postal » visé au paragraphe 91(5) s’entend des services fournis par les Postes.

[39] Troisièmement, le Conseil semble avoir considéré que, la transmission par porteur de lettres urgentes étant exclue du monopole de la SCP à l’alinéa 15(1)e) de la LSCP, il s’agit d’un service postal. Suivant ce raisonnement, les entités accomplissant l’une quelconque des autres activités visées par les exceptions prévues au paragraphe 15(1), notamment la livraison du courrier interne (alinéa 15(1)g)) et la signification de documents de justice (alinéa 15(1)b)), fournissent aussi un service postal au sens du paragraphe 91(5). Il est inconcevable, selon moi, que ces activités relèvent de la compétence législative fédérale si elles ont lieu entièrement à l’intérieur d’une province.

## 2. Principes d’interprétation

[40] L’interprétation de la Constitution repose, comme celle de toute loi, sur le texte, le contexte et l’objet de la disposition en cause, de même que sur les principes particuliers de l’interprétation constitutionnelle, comme la doctrine de « l’arbre vivant » : voir, de façon générale, Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, 5<sup>e</sup> éd. supplémentée, Toronto : Thomson/Carswell, 2007 (Hogg), aux paragraphes 15.9, 60.1.

[41] **Texte :** Les mots « service postal » n’apportent rien de bien pertinent au présent débat, quoique le recours au singulier plutôt qu’au pluriel appuie jusqu’à un certain point la position de TurnAround selon laquelle il y a un service postal au Canada, non autant de services qu’il y a de personnes fournissant des services que la SCP pourrait offrir.

[42] Il est possible de soutenir que si les rédacteurs de la Constitution voulaient que le paragraphe 91(5) vise

service, they could have conferred legislative authority on Parliament with respect to the Post Office. In 1851, Britain relinquished responsibility for the postal system in Canada and it was placed in the hands of the provinces, which operated four postal systems until 1867. As Robert M. Campbell observes in *The Politics of the Post: Canada's Postal System from Public Service to Privatization* (Peterborough: Broadview Press, 1994) (*The Politics of the Post*), at page 27:

As a national concern — like currency and customs — postal authority was assigned exclusively to the federal government at Confederation.

[43] However, this is not a particularly strong point for CUPW, because the federal head of power is with respect to postal service, not the entity that delivers it.

[44] **Context:** The meaning of provisions of the Constitution is not frozen in time; their text is to be interpreted in light of events after 1867, including major societal, economic, and technological developments: Hogg, 15.9(f), 60.1(e), (f). However, as noted above, the historical context from which the *Constitution Act, 1867* emerged may assist in its interpretation.

[45] It may be inferred that the drafters of the *Constitution Act, 1867* intended “Postal Service” in subsection 91(5) to be the national postal system, which, in the same year, Parliament created the Dominion Post Office to administer. Replacing the four postal systems previously operated by the provinces with a single national system would facilitate the delivery of mail beyond provincial boundaries.

[46] A helpful summary of the history of the postal service in Canada, as well as the organization of a world postal service, is provided in the affidavit of Dr. Robert Campbell, a political scientist and public policy analyst specializing in postal economics and policy: see CPC's application record, at pages 7–28; and *The Politics of the Post*, chapters 1 and 2. What follows is taken largely from that affidavit and is not controversial. Dr. Campbell's affidavit describes the essential characteristics of the

un service postal unique, ils auraient pu conférer au pouvoir fédéral une compétence relative au Bureau des Postes. En 1851, la Grande-Bretagne a abandonné aux provinces sa responsabilité en matière postale et, jusqu'en 1867, il y a eu quatre systèmes postaux. Comme Robert M. Campbell le signale dans son ouvrage, *The Politics of the Post: Canada's Postal System from Public Service to Privatization* (Peterborough : Broadview Press, 1994) (*The Politics of the Post*), à la page 27 :

[TRADUCTION] En tant que sujet d'intérêt national — comme la monnaie et les douanes — la poste a été attribuée exclusivement au gouvernement fédéral, lors de la Confédération.

[43] Toutefois, cela n'est pas d'un très grand secours pour le STTP, parce que le chef de compétence fédérale porte sur le service postal, non sur l'entité qui y pourvoit.

[44] **Contexte :** Le sens des dispositions constitutionnelles n'est pas figé dans le temps; leur libellé doit être interprété en fonction de ce qui est survenu depuis 1867, notamment les grandes transformations sociétales, économiques et technologiques : Hogg, 15.9(f), 60.1(e), (f). Toutefois, comme il en a déjà été fait mention, le contexte historique ayant présidé à la naissance de la *Loi constitutionnelle de 1867* peut nous aider à en interpréter le texte.

[45] On peut inférer que les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* voulaient que le « service postal » mentionné au paragraphe 91(5) soit le système postal national, dont l'administration a été confiée au Bureau des Postes du Dominion créé la même année. Le remplacement des quatre systèmes postaux provinciaux par un système national unique faciliterait l'acheminement du courrier au-delà des frontières provinciales.

[46] L'affidavit de M. Robert Campbell, politologue et analyste de la politique publique spécialisé dans les aspects politiques et économiques de la poste, fournit un résumé utile de l'histoire du service postal au Canada ainsi que de l'organisation d'un service postal mondial : voir le dossier de demande de la SCP, aux pages 7 à 28, et *The Politics of the Post*, chapitres 1 et 2. Le contenu des paragraphes suivants est largement tiré de cet affidavit et ne prête pas à controverse. L'affidavit décrit les

postal service throughout its history in Canada, as well as in other countries: CPC's application record, at pages 21–22. They include the following.

[47] First, the service is universal and available to all. In other words, the CPC must collect mail from anywhere in Canada and deliver it to any address in Canada, and must accept any items up to a certain weight that customers want to have delivered.

[48] Second, the service is affordable by all. In particular, the cost of the service does not depend on the remoteness of the location to which mail is to be delivered. In practice, this means that postal service in high-density areas subsidises the service provided in areas that are less populated and further removed from the major conurbations.

[49] Third, the service requires a national operational network in order to discharge the obligations of universal service, availability, and affordability. The network includes post offices and sorting plants, a national system of addresses and postal codes, and a payment system (generally a system of prepayment through the sender's purchase of the necessary stamps).

[50] Fourth, the postal service must be operated or regulated by a national, governmental entity in order to ensure that the necessary requirements of a national service are in place and the network supporting it is working properly. Currently, the CPC, a Crown corporation, performs this role. Even if Parliament decided to turn the operational functions of the CPC over to one or more commercial corporations, a public authority would still be required to regulate the service in order to ensure that it retained the defining attributes of a national postal service, thereby discharging Canada's international obligations.

[51] Fifth, in order to facilitate the international transmission and delivery of mail, the Treaty of Berne of 1874 [*Treaty concerning the formation of a General Postal Union*, signed at Berne, October 9, 1874] established the General Postal Union, subsequently called the

caractéristiques essentielles du service postal dans l'ensemble de son histoire, au Canada et dans d'autres pays (dossier de demande de la SCP, aux pages 21 et 22), dont celles qui suivent.

[47] Premièrement, il s'agit d'un service universel dont tous peuvent se prévaloir. Autrement dit, la SCP doit relever le courrier partout au Canada et le livrer à toute adresse canadienne, et elle est tenue d'accepter tout article, jusqu'à concurrence d'un poids donné, que les clients veulent faire livrer.

[48] Deuxièmement, le service doit être fourni à un prix que tous peuvent acquitter. Plus particulièrement, l'éloignement du lieu de livraison n'influe pas sur le coût du service. Cela signifie, en pratique, que le service postal dans les zones densément peuplées subventionne le service postal en région moins peuplée et plus éloignée des grands centres.

[49] Troisièmement, pour s'acquitter de l'obligation de fournir un service universel, accessible à tous à un prix abordable, l'autorité postale doit disposer d'un réseau fonctionnel national. Ce réseau comporte des bureaux de poste et des centres de tri, un système national d'adresses et de codes postaux et un système de paiement (en général, un système de paiement préalable au moyen de l'achat par l'expéditeur des timbres requis).

[50] Quatrièmement, pour garantir que les impératifs d'un service national soient en place et que le réseau nécessaire à son exploitation fonctionne bien le service postal doit être administré ou régi par une entité gouvernementale nationale. Actuellement, la SCP, une société d'État joue ce rôle. Même si le législateur décidait de confier les activités opérationnelles de la SCP à une ou plusieurs sociétés commerciales, une entité régulatrice publique devrait continuer de veiller à la pérennité des caractéristiques fondamentales d'un service postal national, permettant ainsi au Canada de s'acquitter de ses obligations internationales.

[51] Cinquièmement, pour faciliter la transmission et la livraison internationales du courrier, le Traité de Berne, conclu en 1874 [*Traité concernant la création d'une Union générale des postes*, signé à Berne, le 9 octobre 1874], a établi l'Union générale des postes qui a par la

Universal Postal Union (UPU) (Campbell affidavit, CPC’s application record, at page 17):

The UPU’s formation integrated a series of national postal services into one coherent and remarkably efficient and effective international postal service.

The UPU is now an agency of the United Nations. Only a national service can discharge Canada’s international obligation to meet the postal service standards established by the UPU.

[52] It hardly needs saying that TurnAround has none of these characteristics of a postal service.

[53] **Purposes:** The purposes served by subsection 91(5) in conferring exclusive legislative competence on Canada with respect to “Postal Service” are to be found largely in the characteristics described above. A national postal service was a necessity for the economic development of Canada, and performed an important nation-building role: see CPC’s application record, at pages 44–49; *The Politics of the Post*, at pages 27–32. These purposes could only be achieved by vesting the necessary legislative authority in the federal Parliament.

### 3. Application to this case

[54] The considerations examined above in my opinion indicate that “Postal Service” in subsection 91(5) refers to the national delivery system, which is currently either operated directly by the CPC or managed by it through contracts with other entities.

[55] In addition, this interpretation is easy to apply and, unlike the position advanced by CUPW, does not require a case-by-case analysis to determine how much of a courier’s business is devoted to the collection and delivery of mailable material, and how much to other items. Thus, for example, in *Critical Path Couriers Ltd.*, 2011 CIRB 604, at paragraph 20, the Board distinguished

suite pris le nom d’Union postale universelle (UPU) (affidavit Campbell, dossier de demande de la SCP, à la page 17) :

[TRADUCTION] La création de l’UPU a opéré l’intégration d’une série de services postaux nationaux en un service international cohérent remarquablement efficace et efficace.

L’UPU est à présent un organisme des Nations Unies. Seul un service national peut s’acquitter de l’obligation internationale du Canada de respecter les normes établies par l’UPU en matière de service postal.

[52] Il n’est guère besoin de dire que TurnAround ne présente aucune de ces caractéristiques d’un service postal.

[53] **Objets :** Les caractéristiques susmentionnées permettent en grande partie de dégager les objets poursuivis par l’attribution au Canada, au paragraphe 91(5), d’une compétence législative exclusive en matière de « service postal ». Un service postal national était indispensable au développement économique du Canada et il a joué un rôle déterminant dans l’édification de la nation : voir le dossier de demande de la SCP, aux pages 44 à 49; *The Politics of the Post*, aux pages 27 à 32. Ce n’est que par l’octroi au législateur fédéral du pouvoir législatif nécessaire que ces objets pouvaient se réaliser.

### 3. Application en l’espèce

[54] Il ressort de l’analyse qui précède que les mots « service postal », au paragraphe 91(5), renvoient au système national de livraison, dont le fonctionnement, à l’heure actuelle, est assuré directement par la SCP ou géré par elle au moyen de contrats passés avec d’autres entités.

[55] Cette interprétation, en outre, est d’application facile et, contrairement à celle qu’avance le STTP, ne requiert pas d’analyse au cas par cas pour déterminer la proportion des activités d’une entreprise de messagerie qui se rapporte à la cueillette et à la livraison d’articles qui auraient pu passer par le système postal par rapport à celle qui se rapporte à d’autres articles. Ainsi, dans

its decision in the present case on the ground that, unlike TurnAround, Critical Path specialized in the delivery of material that, because of its size or nature, was not mailable.

[56] The achievement of predictability and certainty are important goals in constitutional interpretation. Hence, whenever possible, courts should avoid interpretations that require decision makers “to splice and dice discrete differences among companies”: *Fastfrate*, at paragraph 46.

### Conclusions

[57] For these reasons, I would grant the application for judicial review with costs to TurnAround, set aside the Board’s decision, and quash certification order No. 9879-U on the ground that it was beyond the constitutional jurisdiction of the Board.

BLAIS C.J.: I agree.

SHARLOW J.A.: I agree.

### APPENDIX A

*The Post Office Act 1867*, S.C. 1867, c. 10

Post Office Department 7. There shall be at the Seat of Government of Canada a Post Office Department for the superintendence and management of the Postal Service of Canada, under the direction of a Postmaster General.

...

Except in certain cases no one but the Postmaster General, to collect, convey and deliver letters in Canada on pain of a fine of \$29. 32. Subject always to the provisions and regulations aforesaid, and the exceptions hereinafter made, the Postmaster General shall have the sole and exclusive privilege of conveying, receiving, collecting, sending and delivering letters within Canada;—And (except in the cases hereinafter excepted) any person who collects, send, conveys or delivers or undertakes to convey or deliver any letter within Canada, or who receives or has in

*Critical Path Couriers ltée*, 2011 CCRI 604, au paragraphe 20, le Conseil a distingué cette affaire de celle qui nous occupe au motif que Critical Path, contrairement à TurnAround, se spécialisait dans la livraison d’articles ne pouvant être mis à la poste en raison de leur taille ou de leur nature.

[56] La prévisibilité et la certitude sont des objectifs importants dans l’interprétation constitutionnelle. C’est pourquoi les tribunaux doivent, dans la mesure du possible, éviter les interprétations obligeant les décideurs à « décortiquer les différences subtiles entre les entreprises » : *Fastfrate*, au paragraphe 46.

### Conclusions

[57] Pour ces motifs, j’accueillerais la demande de contrôle judiciaire avec dépens en faveur de TurnAround et j’annulerais la décision du Conseil ainsi que l’ordonnance d’accréditation n° 9879-U au motif qu’elle outrepassé les limites constitutionnelles de la compétence du Conseil.

LE JUGE EN CHEF BLAIS : Je suis d’accord.

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

### ANNEXE A

*Acte du Bureau des Postes*, 1867, S.C. 1867, ch. 10

7. Il y aura, au siège du gouvernement du Canada, un département des postes chargé de la surveillance et de l’administration du service postal du Canada, sous la direction d’un maître-général des postes. Département des postes.

[...]

32. Sans préjudice toutefois des dispositions et des règlements susdits, et des exceptions ci-après exprimées, le maître-général des postes aura seul et exclusivement le privilège de transporter, recevoir, recueillir, expédier et distribuer les lettres en Canada;—et quiconque (hors dans les cas ci-après exceptés) recueillera, expédiera, transportera ou délivrera, ou entreprendra de transporter ou de délivrer quelque lettre en Canada, ou recevra ou

Droit exclusif du maître-général d’exploiter le service postal.

his possession any letter for the purpose of conveying or delivering it, otherwise than in conformity with this Act, shall, for each and every letter so unlawfully conveyed or undertaken to be conveyed, received, delivered or found in his possession, incur a penalty not exceeding twenty dollars :

The exceptions

But such exclusive privilege, prohibition and penalty shall not apply to—

Letters sent by a private friend in his way, journey or travel, provided such letters be delivered by such friend to the party to whom they are addressed ;

Letters sent by a messenger on purpose, concerning the private affairs of the sender or receiver ;

Commissions or returns thereof, and affidavits or writs, process or proceedings or returns thereof, issuing out of a Court of Justice ;

Letters addressed to a place out of Canada and sent by sea and by a private vessel ;

Letters lawfully brought into Canada, and immediately posted at the nearest Post Office ;

Letters of merchants, owners of vessels of merchandize, or of the cargo or loading therein, sent by such vessel of merchandize, or by any person employed by such owners for the carriage of such letters according to their respective addresses,—and delivered to the persons to whom they are respectively addressed, without pay, hire, reward, advantage or profit for so doing ;

Letters concerning goods or merchandize sent by common known carriers to be delivered with the goods to which such letters relate, without hire or reward, profit or advantage for receiving or delivering them;

But nothing herein contained shall authorize any person to collect any such excepted letters for the purpose of sending or conveying them as aforesaid,—or shall oblige any person to send any Newspaper, Pamphlet or Printed Book by Post.

aura en sa possession quelque lettre dans le dessein de la transporter ou de la remettre au destinataire, autrement qu'en conformité du présent acte, sera passible d'une amende n'excédant pas vingt piastres, pour toute et chaque lettre qu'il aura ainsi transportée ou qu'il sera chargé de transporter, recevoir, délivrer, ou qui sera trouvée en sa possession, contre la loi.

Mais les dits privilège, défense et amende ne s'appliqueront point :—

Aux lettres confiées à un ami en route ou en voyage, pourvu qu'il les remette aux destinataires ;

Aux lettres transportées par un exprès et relatives aux affaires privées de l'envoyeur ou du destinataire ;

Aux commissions et rapports y relatifs, affidavits ou brefs, sommations ou pièces de procédure ou rapports y relatifs, émanant d'une cour de justice ;

Aux lettres destinées pour un lieu hors du Canada, et envoyés par voie de mer et par un simple navire ;

Aux lettres apportées légalement en Canada, et déposées sans retard au bureau de poste le plus proche ;

Aux lettres de marchands, de propriétaires de bâtiments de commerce, ou de leur cargaison ou chargement, —transportées par ces bâtiments, ou par toute personne employée par les dits propriétaires pour le transport de ces lettres à leurs destinations respectives, —et remises aux destinataires sans en recevoir de salaire, gage, récompense, avantage, ni profit ;

Aux lettres concernant des marchandises ou effets expédiés par la voie de voituriers ordinaires connus, qui les remettent avec les marchandises auxquelles elles ont trait, sans recevoir aucun salaire, récompense, profit ou avantage, pour leur réception ni pour leur remise ;

Mais rien de ce qui est contenu dans la présente clause, ne devra autoriser qui que ce soit à recueillir des lettres jouissant ainsi de l'exception, dans le dessein de les envoyer ou de les transporter comme susdits, —ni n'obligera à

Exceptions.

		expédier par la poste les journaux, brochures ou livres imprimés.	
	<i>Canada Post Corporation Act</i> , R.S.C., 1985, c. C-10	<i>Loi sur la Société canadienne des postes</i> , L.R.C. (1985), ch. C-10	
Objects	<p><b>5.</b> (1) The objects of the Corporation are</p> <p>(a) to establish and operate a postal service for the collection, transmission and delivery of messages, information, funds and goods both within Canada and between Canada and places outside Canada;</p> <p>...</p>	<p><b>5.</b> (1) La Société a pour mission :</p> <p>a) de créer et d'exploiter un service postal comportant le relevage, la transmission et la distribution de messages, renseignements, fonds ou marchandises, dans le régime intérieur et dans le régime international ;</p> <p>[...]</p>	Mission
Exclusive privilege	<p><b>14.</b> (1) Subject to section 15, the Corporation has the sole and exclusive privilege of collecting, transmitting and delivering letters to the addressee thereof within Canada.</p> <p>...</p>	<p><b>14.</b> (1) Sous réserve de l'article 15, la Société a, au Canada, le privilège exclusif du relevage et de la transmission des lettres et de leur distribution aux destinataires.</p> <p>[...]</p>	Privilège exclusif
Exception	<p><b>15.</b> (1) The exclusive privilege referred to in subsection 14(1) does not apply to</p> <p>...</p> <p>(b) commissions, affidavits, writs, processes or proceedings issued by a court of justice;</p> <p>...</p> <p>(e) letters of an urgent nature that are transmitted by a messenger for a fee at least equal to an amount that is three times the regular rate of postage payable for delivery in Canada of similarly addressed letters weighing fifty grams;</p> <p>...</p> <p>(g) letters concerning the affairs of an organization that are transmitted between offices of that organization by an employee thereof;</p>	<p><b>15.</b> (1) Le privilège exclusif octroyé au paragraphe 14(1) ne s'applique pas aux documents suivants :</p> <p>[...]</p> <p>b) les décisions judiciaires et les actes, affidavits ou commissions rattachés à la procédure judiciaire;</p> <p>[...]</p> <p>e) les lettres urgentes transmises par porteur moyennant une rétribution au moins égale à trois fois le port exigible pour la distribution au Canada de lettres de destination comparable pesant cinquante grammes;</p> <p>[...]</p> <p>g) les lettres concernant les activités d'un organisme et transmises entre ses bureaux par un de ses employés;</p>	Exceptions
	<i>Canada Labour Code</i> , R.S.C., 1985, c. L-2	<i>Code canadien du travail</i> , L.R.C. (1985), ch. L-2	
Definitions	<b>2.</b> In this Act,	<b>2.</b> Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.	Définitions



“federal work, undertaking or business”  
« *entreprises fédérales* »

“federal work, undertaking or business” means any work, undertaking or business that is within the legislative authority of Parliament

...

...

Review or amendment of orders

**18.** The Board may review, rescind, amend, alter or vary any order or decision made by it, and may rehear any application before making an order in respect of the application.

« entreprises fédérales » Les installations, ouvrages, entreprises ou secteurs d’activité qui relèvent de la compétence législative du Parlement [...]

[...]

« entreprises fédérales »  
“*federal work, undertaking or business*”

**18.** Le Conseil peut réexaminer, annuler ou modifier ses décisions ou ordonnances et réins-  
truire une demande avant de rendre une ordonnance à son sujet.

Réexamen ou modification des ordonnances



# DIGESTS

*Federal Court of Appeal and Federal Court decisions digested are those which, while failing to meet the stringent standards of selection for full-text reporting, are considered of sufficient value to merit coverage in that abbreviated format. A copy of the full text of any decision may be accessed at <http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court of Appeal and at <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/index.html> for the Federal Court, or may be ordered from the central registry of the Federal Court of Appeal or Federal Court in Ottawa or from the local offices in Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver and Winnipeg.*

*\* The number of pages indicated at the end of each digest refers to the number of pages of the original reasons for order or reasons for judgment.*

---

## CITIZENSHIP AND IMMIGRATION

### IMMIGRATION PRACTICE

Application for interlocutory injunction enjoining Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) from proceeding with hearing on application to vacate refugee protection—Applicant granted refugee protection in 2006—Minister later finding out applicant convicted (*in absentia*) for drug trafficking in Albania, seeking to have applicant's refugee protection vacated on basis of material misrepresentation—Applicant denying everything, asking RPD to stay Minister's application—RPD refusing to do so—Present instance rare case where RPD should be enjoined, for reasonable period of time, from proceeding—RPD fettering its discretion—Applicant having right, as matter of fundamental justice, to be given reasonable opportunity to obtain documents clearing his name—Interlocutory injunction granted.

DORESI V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-3189-13, 2013 FC 530, Harrington J., judgment dated May 22, 2013, 7 pp.)

### STATUS IN CANADA

#### *Convention Refugees and Persons in Need of Protection*

Judicial review of Immigration and Refugee Board Refugee Protection Division (RPD) decision applicant not Convention refugee or person in need of protection under *Immigration and Refugee Protection Act*, S.C. 2001, c. 27 (IRPA), ss. 96, 97—Applicant, citizen of Lebanon, fearing persecution, *inter alia*, because of brother's involvement with Israeli Institute for Intelligence and Special Operations (Mossad)—Claiming protection in Canada following unsuccessful refugee claim in United States—RPD rejecting claim on basis of credibility—Issue herein whether RPD required to conduct separate IRPA, s. 96 analysis—While tests for IRPA, ss. 96, 97 differing, both requiring that applicant provide evidence establishing, on balance of probabilities, factual basis for claim—RPD finding not probable that applicant would suffer harm as result of brother's activities—While this finding made in context of IRPA, s. 97 analysis, also meaning that applicant not able to meet standard of proof required in IRPA, s. 96 analysis—RPD thus not having to engage in further or separate s. 96 analysis—Application dismissed.

EL ACHKAR V. CANADA (CITIZENSHIP AND IMMIGRATION) (IMM-5768-12, 2013 FC 472, Strickland J., judgment dated May 6, 2013, 21 pp.)

**CUSTOMS AND EXCISE****CUSTOMS ACT**

Plaintiff one of two passengers arriving in Canada by bus belonging to United Bus Lines (United)—Bus driven to Canada by driver employed by United—Neither passengers declaring any goods to Canada Border Services Agency officer—Upon further investigation, Customs officers involved determining that bus would remain in Canada until final completion of sale thereof to Park Lane Limousine Services (Park Lane) owned by plaintiff—Plaintiff charged \$19 425 penalty for failing to declare bus despite fact plaintiff did not own bus, could not insure bus, could not drive bus, could not use bus—Once transaction for bus finally completed, bus driven back to U.S. by United, then brought into Canada by Park Lane at which time appropriate duties paid—Issue whether plaintiff was required to declare bus upon arrival at Canadian border—Plaintiff travelling to U.S. to purchase bus from United—Not possible to complete sale, transfer of ownership to Park Lane because of outstanding lien registered against bus—Plaintiff thus entering into escrow arrangement with United pending removal of lien on bus—United agreeing to deliver bus to Canada where it would remain until title transferred—Once title transferred to Park Lane, bus returned to U.S., imported by Park Lane for use—*Customs Act*, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c.1, s. 12 requiring that “all goods that are imported shall . . . be reported at the nearest customs office designated for that purpose that is open for business”—Question herein thus becoming by whom was bus imported into Canada—Plaintiff’s case revolving around whether having ownership of bus, whether bus within his control—On basis of evidence, no completed transaction for sale of bus to Park Lane as of time of its arrival in Canada—Bus was in possession, control of United through United’s driver—As plaintiff was neither owner nor legally in possession of bus, duty to report was on owner thereof, i.e. United, driver—Based on evidence, as against plaintiff seizure unlawful—Plaintiff entitled to recover penalties paid plus accrued interest.

ABDELSEED V. CANADA (BORDER SERVICES AGENCY) (T-883-08, 2013 FC 581, Aalto P., judgment dated May 30, 2013, 21 pp.)

**INCOME TAX****ASSESSMENT**

Judicial review to obtain (1) *mandamus* compelling Minister of National Revenue to examine applicant’s 2010 tax return, or (2) declaratory relief—Global Learning Gifting Initiative (GLGI) registered tax shelter since 2004—In 2009, CRA auditing GLGI for each of 2004–2008 taxation years, resulting in denial of every charitable donation credit claim for those years—Significant number of notices of objection filed disputing the denial of those claims—Audit ongoing in 2011—Canada Revenue Agency’s Winnipeg tax centre modifying long-standing policy of allowing taxpayer’s claim for charitable donation tax credits made for gifting tax shelter in initial assessment and then, after auditing tax shelter, issuing reassessment if necessary—Pursuant to new policy, audit conducted before issuing refund to taxpayer—Applicant one of taxpayers who made donation in 2010 through GLGI—Issue whether respondent’s new policy, excuse for delay in assessing consistent with Minister’s duty to assess “with all due dispatch” pursuant to *Income Tax Act*, R.S.C., 1985 (5th Supp.), c. 1 (ITA), s. 152(1)—Term “with all due dispatch” thoroughly canvassed in *Jolicoeur v. Minister of National Revenue*, [1961] Ex. C.R. 85—Term equivalent of “with all due diligence” or “within a reasonable time”—No fixed time period for the performance of the duty to assess—Other decisions confirming that same basic interpretation, i.e. Minister having reasonable discretion in timing of assessment, but that discretion not unfettered, must be reasonable, for proper purpose of ascertaining, fixing taxpayer liability—In determining whether Minister meeting this statutory obligation herein, essential to consider real purpose, effect of new policy, which in present instance was to deter taxpayers from participating in GLGI program—Taxpayers within Winnipeg tax centre’s ambit treated differently from taxpayers in rest of the country, that treatment inconsistent with federal, national nature of Minister’s obligation—Intent of new policy to delay assessments, discourage participation in GLGI program—Delay in assessing applicant thus not truly related to examining her return, ascertaining her tax liability—Applicant entitled to declaration that Minister failed to comply with duty to assess with all due dispatch.

FICEK V. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T-1933-11, 2013 FC 502, Phelan J., judgment dated May 14, 2013, 13 pp.)

**NON-RESIDENTS**

Judicial review of Canada Revenue Agency’s alleged continuing refusal to provide applicant relief from double taxation in breach of *Convention Between Canada and the United States of America with Respect to Taxes on Income and on Capital*, being Schedule I of the *Canada-United States Tax Convention Act, 1984*, S.C. 1984, c. 20 (Treaty)—Treaty aiming to shield taxpayers

**INCOME TAX—Concluded**

in United States, Canada from double taxation—Both countries designated “competent authorities” (i.e. Canada Revenue Agency (CRA), Internal Revenue Service (IRS)) to deal with claims arising thereunder—Applicant wholly owned subsidiary of American company (TeleTech Holdings, Inc. or TeleTech US, together “companies”)—Following corporate restructuring, companies reducing Canadian client base, applicant becoming a subcontractor of TeleTech US, with TeleTech US providing administrative services to Canadian counterpart—Applicant stating that as result of internal accounting errors, its profits for 2000, 2001 and 2002 taxation years “dramatically overstated” in financial statements, profits of TeleTech US “dramatically understated”—Applicant filing request with CRA for competent authority assistance, seeking relief from alleged double taxation under the Treaty—That request denied by CRA on basis tax authorities in Canada, United States taking no action resulting in taxation not in accordance with the Treaty (first denial letter)—Companies subsequently sending CRA supplemental request for competent authority assistance under Treaty—That document advising CRA of outcome of 2008 IRS audit of TeleTech US, seeking relief from double taxation allegedly resulting from adjustments made to TeleTech US’ income by IRS—CRA denying that request on basis unable to provide applicant with “correlative relief” as notification of “U.S. initiated adjustments” not received within the six-year period provided for under Treaty, applicant’s tax returns statute barred from reassessment (second denial letter)—Principal issues whether CRA engaging in a continuing course of conduct, open to applicant to argue CRA erring in requiring, as prerequisite to relief, government action resulting in taxation not in accordance with Treaty—CRA’s first denial letter final decision in relation to first request, not merely step in continuing course of conduct—Open to applicant to commence judicial review of decision but choosing not to do so—Having failed to challenge first denial letter, applicant not now permitted to challenge CRA’s finding that, as of November, 2006, neither Canadian nor American tax authorities taking any action resulting in taxation not in accordance with Treaty—Application dismissed.

TELETECH CANADA INC. v. CANADA (NATIONAL REVENUE) (T-788-11, 2013 FC 572, Mactavish J., judgment dated May 29, 2013, 29 pp.)

**PATENTS****INFRINGEMENT**

Application for order prohibiting Minister of Health from issuing notice of compliance to respondents (Cobalt) for generic version of oral contraceptive YASMIN containing drospirenone, compound claimed in Bayer’s Canadian Patent No. 2261137 ('137 patent)—Principal issue whether Cobalt’s product would infringe '137 patent—Only claim in issue Claim 13 addressing “product prepared according to the process of Claim 12”—Bayer maintaining Claim 13 pure product claim to be read as if words “prepared according to the process of Claim 12” not there—That construction not correct in law or consistent with how skilled person would read Claim 13—Claim 13 incorporating patented process for making drospirenone—New process for making old compound not justifying new patent for same compound—Claim 13 clearly, expressly incorporating process described in Claim 12—Bayer contending that if Claim 13 construed as containing process of Claim 12, then process of Claim 12 not to be read as including oxidation in presence of ruthenium salt—“Key reaction” of invention oxidation in the absence of chromium trioxide—Only metal salts mentioned in patent as being suitable alternatives to chromium ruthenium salts—Ruthenium salts specifically included in claims 1, 5, 6 and 11—In light of conclusion Claim 13 incorporating process for making drospirenone set out in '137 patent, including key oxidation reaction with ruthenium salt, Bayer failing to show Cobalt’s allegation of non-infringement unjustified—Claim 13 of '137 patent addressing product made by three-step process set out in patent, essential element of which being oxidation in presence of ruthenium salt—This essential operation is not part of Cobalt’s process—Application dismissed.

BAYER INC. v. COBALT PHARMACEUTICALS COMPANY (T-1044-11, 2013 FC 573, O’Reilly J., judgment dated May 29, 2013, 13 pp.)



# FICHES ANALYTIQUES

Les fiches analytiques résument les décisions de la Cour d'appel fédérale et de la Cour fédérale qui ne satisfont pas aux critères rigoureux de sélection pour la publication intégrale mais qui sont suffisamment intéressantes pour faire l'objet d'un résumé sous forme de fiche analytique. On peut consulter le texte complet des décisions à l'adresse <http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour d'appel fédérale et <http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/index.html> pour la Cour fédérale ou le commander au bureau central du greffe de la Cour d'appel fédérale ou de la Cour fédérale à Ottawa ou aux bureaux locaux de Calgary, Edmonton, Fredericton, Halifax, Montréal, Québec, Toronto, Vancouver et Winnipeg.

\* Le nombre de pages indiqué à la fin de chaque fiche analytique correspond au nombre de pages des motifs de l'ordonnance ou du jugement originaux.

---

## BREVETS

### CONTREFAÇON

Demande en vue d'obtenir une ordonnance interdisant au ministre de la Santé de délivrer un avis de conformité aux défenderesses (Cobalt), relativement à la version générique d'un contraceptif oral commercialisé sous le nom de YASMIN, et contenant de la drospirénone, composé revendiqué par Bayer dans son brevet canadien n° 2261137 (le brevet '137)—La question principale était de savoir si le produit de Cobalt contreferaient le brevet '137—La revendication 13 est la seule en litige en l'espèce et concerne un [TRADUCTION] « produit préparé selon le procédé de la revendication 12 »—Bayer maintient que la revendication 13 est une pure revendication de produit qui devrait être interprétée comme si les termes [TRADUCTION] « préparé selon le procédé de la revendication 12 » n'y étaient pas contenus—Cette interprétation n'est pas correcte en droit, ni compatible avec la façon dont une personne versée dans l'art interpréterait la revendication 13—La revendication 13 incorpore le procédé breveté pour la préparation de drospirénone—Un nouveau procédé pour la préparation d'un composé connu ne justifie pas un nouveau brevet pour ce même composé—La revendication 13 inclut, de façon claire et expresse, le procédé décrit dans la revendication 12—Bayer prétend que si la revendication 13 est interprétée comme contenant le procédé de la revendication 12, alors le procédé de la revendication 12 ne devrait pas être interprété comme incluant l'oxydation en présence d'un sel de ruthénium—La « réaction clé » de l'invention est l'oxydation en l'absence de trioxyde de chrome—Les seuls sels métalliques mentionnés dans le brevet comme étant des substitués convenables au chrome sont les sels de ruthénium—Les sels de ruthénium sont expressément inclus dans les revendications 1, 5, 6 et 11—À la lumière de la conclusion selon laquelle la revendication 13 incorpore le procédé de préparation de drospirénone énoncé dans le brevet '137, qui comprend la réaction clé d'oxydation avec un sel de ruthénium, Bayer n'a pas établi que l'allégation de Cobalt d'absence de contrefaçon est injustifiée—La revendication 13 du brevet '137 vise un produit préparé selon un procédé à trois étapes énoncé dans le brevet dont un élément essentiel est l'oxydation en présence d'un sel de ruthénium—Cette opération essentielle ne fait pas partie du procédé de Cobalt—Demande rejetée.

BAYER INC. C. COBALT PHARMACEUTICALS COMPANY (T-1044-11, 2013 CF 573, juge O'Reilly, jugement en date du 29 mai 2013, 13 p.).

## CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION

### PRATIQUE EN MATIÈRE D'IMMIGRATION

Demande d'injonction interlocutoire interdisant à la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié du Canada de procéder à l'audience concernant la demande d'annulation de l'asile—Le demandeur s'est vu accorder l'asile en 2006—Par la suite, le ministre a découvert que le demandeur a été déclaré coupable (*in absentia*) de trafic de drogue en Albanie, et le ministre a demandé à la SPR d'annuler l'asile, au motif que le demandeur a fait une fausse déclaration importante—Le demandeur nie tout et demande à la SPR de remettre l'audience concernant la demande du ministre—La SPR a rejeté la demande—La présente instance est l'un des rares cas où il faut interdire, pour une période raisonnable, à la SPR d'entendre la demande—La SPR a entravé l'exercice de son pouvoir discrétionnaire—Le demandeur a le

**CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION—Fin**

droit, selon les principes de justice fondamentale, d'avoir une possibilité raisonnable d'obtenir les documents qui blanchiraient sa réputation—Injonction interlocutoire accordée.

DORESI C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-3189-13, 2013 CF 530, juge Harrington, jugement en date du 22 mai 2013, 7 p.)

## STATUT AU CANADA

*Réfugiés au sens de la Convention et personnes à protéger*

Contrôle judiciaire d'une décision par laquelle la Section de la protection des réfugiés (SPR) de la Commission de l'immigration et du statut de réfugié a refusé au demandeur le statut de réfugié au sens de la Convention ou celui de personne à protéger selon les art. 96 et 97 de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, ch. 27 (LIPR)—Le demandeur, citoyen du Liban, craint d'être persécuté, notamment parce que son frère a participé aux activités de l'Institut du renseignement et des opérations spéciales d'Israël (Mossad)—Il a demandé la protection du Canada, après s'être vu refuser l'asile aux États-Unis—La SPR a rejeté sa demande, pour des motifs de crédibilité—Il s'agissait en l'espèce de savoir si la SPR était tenue de faire une analyse distincte, fondée sur l'art. 96 de la LIPR—Si les critères à appliquer en vertu des art. 96 et 97 de la LIPR diffèrent, ces deux dispositions ont toutefois en commun la norme de preuve, selon laquelle le demandeur doit présenter des éléments de preuve tendant à établir, selon la prépondérance des probabilités, les faits sur lesquels repose la demande—La SPR a conclu qu'il n'était pas probable que le demandeur subisse un préjudice en raison des activités de son frère—Bien que tirée par suite de l'analyse fondée sur l'art. 97 de la LIPR, cette conclusion impliquait aussi que le demandeur ne pouvait pas satisfaire à la norme de preuve prescrite dans le cadre d'une analyse fondée sur l'art. 96 de la LIPR—La SPR n'était donc pas tenue de procéder à une analyse distincte ou additionnelle fondée sur l'art. 96—Demande rejetée.

EL ACHKAR C. CANADA (CITOYENNETÉ ET IMMIGRATION) (IMM-5768-12, 2013 CF 472, juge Strickland, jugement en date du 6 mai 2013, 21 p.)

**DOUANES ET ACCISE**

## LOI SUR LES DOUANES

Le demandeur est l'un de deux voyageurs arrivés au Canada dans un autocar appartenant à United Bus Lines (United)—L'autocar a été conduit au Canada par un conducteur employé par United—Aucun des deux voyageurs n'a déclaré de marchandises à l'agent de l'Agence des services frontaliers du Canada—Après une vérification plus poussée, les agents de douane en cause ont déterminé que l'autocar resterait au Canada jusqu'à ce que la vente du véhicule à Park Lane Limousine Services (Park Lane), société appartenant au demandeur, soit finalisée—Le demandeur s'est vu imposer une pénalité de 19 425 \$ pour avoir omis de déclarer l'autocar, en dépit du fait que le demandeur n'était pas propriétaire de l'autocar, qu'il ne pouvait pas l'assurer, qu'il ne pouvait pas le conduire, ni l'utiliser—Une fois la transaction relative à l'autocar finalisée, l'autocar a été conduit de nouveau aux États-Unis par un conducteur d'United, puis ramené au Canada par Park Lane; les droits de douane appropriés ont été acquittés à ce moment—Il s'agissait de savoir si le demandeur était tenu de déclarer l'autocar à son arrivée à la frontière canadienne—Le demandeur s'était rendu aux États-Unis pour acheter l'autocar auprès d'United—Il n'a pas été possible de finaliser la vente et le transfert de la propriété à Park Lane, en raison d'un privilège grevant l'autocar—Le demandeur a alors conclu un contrat d'entiercement avec United, en attendant la radiation du privilège grevant l'autocar—United a accepté de livrer l'autocar au Canada, où il resterait, jusqu'à ce que le titre soit transféré—Une fois le titre transféré à Park Lane, l'autocar est retourné aux États-Unis, et a été importé par Park Lane aux fins d'utilisation—Aux termes de l'art. 12 de la *Loi sur les douanes*, L.R.C. (1985) (2<sup>e</sup> suppl.), ch.1, « toutes les marchandises importées doivent être déclarées au bureau des douanes le plus proche, doté des attributions prévues à cet effet, qui soit ouvert »—La question en l'espèce est donc de savoir par qui l'autocar a été importé au Canada—L'argument du demandeur porte sur la question de savoir s'il était propriétaire de l'autocar et si celui-ci était sous son contrôle—Selon la preuve au dossier, la vente de l'autocar à Park Lane n'avait pas été conclue à son arrivée au Canada—United avait l'autocar en sa possession et sous son contrôle, par l'entremise de son conducteur—Comme le demandeur n'était ni le propriétaire de l'autocar, ni légalement en sa possession, l'obligation de le déclarer incombait au propriétaire de celui-ci, c.-à-d.



**DOUANES ET ACCISE—Fin**

à United et à son conducteur—Il ressort de l'ensemble de la preuve que la saisie à l'encontre du demandeur était illégale—Le demandeur a droit au remboursement des pénalités payées, intérêts en sus.

ABDELSEED C. CANADA (SERVICES FRONTALIERS) (T-883-08, 2013 CF 581, protonotaire Aalto, jugement en date du 30 mai 2013, 21 p.)

**IMPÔT SUR LE REVENU**

## COTISATIONS

Contrôle judiciaire visant l'obtention 1) d'un *mandamus* obligeant le ministre du Revenu national à examiner la déclaration de revenus de la demanderesse pour l'année d'imposition 2010, ou 2), d'un jugement déclaratoire—Le programme Global Learning Gifting Initiative (GLGI) est un abri fiscal enregistré depuis 2004—En 2009, l'ARC a fait une vérification du GLGI pour chacune des années d'imposition de 2004 à 2008, ce qui a entraîné le refus de chacune des demandes de crédit pour dons de bienfaisance pour ces années—Un grand nombre d'avis d'opposition ont été déposés, contestant le refus des demandes de crédit pour dons de bienfaisance—La vérification était en cours en 2011—Le centre fiscal de l'Agence du revenu du Canada à Winnipeg a modifié la politique de longue date qui était de faire droit, dans la cotisation initiale, à la demande de crédit d'un contribuable relativement à des dons de bienfaisance faits pour la constitution d'un abri fiscal, et d'établir ensuite, au besoin, une nouvelle cotisation après avoir procédé à une vérification—Selon la nouvelle politique, la vérification devait être réalisée avant qu'un remboursement ne soit fait au contribuable—La demanderesse est l'un des contribuables qui ont fait un don en 2010 au moyen du GLGI—Il s'agissait de savoir si la nouvelle politique du défendeur et l'excuse pour le retard dans l'établissement de la cotisation sont compatibles avec l'obligation du ministre d'examiner « avec diligence » prévue à l'art. 152(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, L.R.C. (1985) (5<sup>e</sup> suppl.), ch. 1 (la LIR)—L'expression « avec diligence » a été analysée de façon approfondie dans la décision *Jolicoeur v. Minister of National Revenue*, [1961] R.C.É. 85—Cette expression est l'équivalent de l'expression « avec toute la diligence raisonnable » ou « dans un délai raisonnable »—Il n'y a pas de délai fixe pour l'accomplissement de l'obligation d'établir une cotisation—D'autres décisions confirment la même interprétation de base qui confère au ministre un pouvoir discrétionnaire raisonnable dans le délai imparti pour l'établissement de la cotisation, mais ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu; il doit être raisonnable et utilisé dans le but adéquat d'établir et de fixer la dette fiscale du contribuable—Lorsqu'on détermine si le ministre a satisfait à son obligation légale, il est essentiel de prendre en compte l'objectif et l'effet réels de la nouvelle politique, qui, en l'espèce, étaient de dissuader les contribuables de participer au programme GLGI—Les contribuables relevant de la compétence du centre fiscal de Winnipeg ont été traités différemment des contribuables dans le reste du pays, ce qui n'est pas compatible avec le caractère fédéral et national de l'obligation du ministre—L'objectif de la nouvelle politique était de retarder l'établissement des cotisations et de décourager la participation au programme GLGI—Le retard dans l'établissement de la cotisation de la demanderesse n'était pas véritablement relié à l'examen de sa déclaration de revenus, ni à la nécessité d'établir sa dette fiscale—La demanderesse a droit à un jugement déclaratoire selon lequel le ministre a omis de se conformer à l'obligation d'établir une cotisation avec diligence.

FICEK C. CANADA (PROCURER GÉNÉRAL) (T-1933-11, 2013 CF 502, juge Phelan, jugement en date du 14 mai 2013, 13 p.)

## NON-RÉSIDENTS

Contrôle judiciaire du présumé refus persistant de l'Agence du revenu du Canada d'éviter à la demanderesse une double imposition, en violation de la *Convention entre le Canada et les États-Unis d'Amérique en matière d'impôts sur le revenu et sur la fortune*, qui constitue l'annexe I de la *Loi de 1984 sur la Convention Canada-États-Unis en matière d'impôts*, S.C. 1984, ch. 20 (le Traité)—Le Traité vise à protéger les contribuables des États-Unis et du Canada du fardeau de la double imposition—Les deux pays ont désigné des « autorités compétentes » (soit l'Agence du revenu du Canada (ARC) et l'Internal Revenue Service (IRS)) à qui il revient de traiter les demandes fondées sur les dispositions du Traité—La demanderesse est une filiale en propriété exclusive d'une société américaine (TeleTech Holdings, Inc. ou TeleTech US, collectivement appelées « les sociétés »)—Après avoir procédé à une réorganisation, les sociétés ont réduit leur clientèle canadienne, et la demanderesse est devenue sous-traitante pour TeleTech US, cette dernière fournissant des services d'ordre administratif à la société canadienne—La demanderesse affirme qu'en raison d'erreurs comptables internes, les bénéfices indiqués dans ses états financiers pour les années d'imposition 2000, 2001 et 2002 ont été « largement exagérés », tandis que les bénéfices indiqués pour TeleTech US étaient « bien en dessous de la

**IMPÔT SUR LE REVENU—Fin**

réalité »—La demanderesse a présenté à l'ARC une demande d'aide de l'autorité compétente dans le but d'éviter une double imposition en application du Traité—Cette demande a été refusée par l'ARC, au motif que les autorités fiscales du Canada et des États-Unis n'avaient pris aucune mesure ayant entraîné une imposition non conforme aux dispositions du Traité (la première lettre de refus)—Par la suite, les sociétés ont adressé à l'ARC une demande supplémentaire d'aide de l'autorité compétente en vertu du Traité—Dans ce document, elles informaient l'ARC de l'issue de la vérification des déclarations de revenus de TeleTech US effectuée en 2008 par l'IRS et demandaient un allègement pour éviter la double imposition résultant, selon elles, des rajustements apportés par l'IRS aux revenus de TeleTech US—L'ARC a rejeté cette demande au motif qu'elle ne pouvait accorder à la demanderesse aucun « allègement réciproque » puisqu'elle n'avait pas été avisée des « rajustement effectués par l'administration américaine » dans le délai de six ans prévu par le Traité, et que les déclarations de revenus de la demanderesse « ne pouvaient faire l'objet d'une nouvelle cotisation pour cause de prescription (deuxième lettre de refus)—Il s'agissait principalement de savoir si l'ARC s'était engagée dans une même série d'actes, et si la demanderesse pouvait prétendre que l'ARC avait commis une erreur en posant comme condition préalable à l'octroi d'un allègement la prise d'une mesure gouvernementale entraînant une imposition non conforme au Traité—La première lettre de refus de l'ARC constituait une décision finale touchant la première demande, plutôt qu'une simple étape dans une même série d'actes—La demanderesse avait la faculté de demander le contrôle judiciaire de la décision, mais elle a choisi de ne pas le faire—S'étant abstenue de demander le contrôle judiciaire de la première lettre de refus de l'ARC, la demanderesse n'était pas autorisée à contester la conclusion de l'ARC selon laquelle, en novembre 2006, ni les autorités fiscales canadiennes, ni celles des États-Unis, n'avaient pris de mesures ayant entraîné une imposition non conforme au Traité—Demande rejetée.

TELETECH CANADA INC. C. CANADA (REVENU NATIONAL) (T-788-11, 2013 CF 572, juge Mactavish, jugement en date du 29 mai 2013, 29 p.)